



Los derechos fundamentales en México

Miguel Carbonell



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 185

Coordinador Editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Isidro Saucedo

MIGUEL CARBONELL

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
MÉXICO, 2004

MIGUEL CARBONELL

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

México, 2004

*A Mercedes,
a Miguel,
a Mónica.
Por todo*

CONTENIDO

Presentación	XXIII
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Nota preliminar	XXV

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917: INTRODUCCIÓN GENERAL

I. El concepto de derecho fundamental	1
1. Enfoques para estudiar los derechos fundamentales	2
2. Los fundamentos de los derechos	4
3. Derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos	6
4. ¿Qué es un derecho fundamental?.	10
A. La universalidad de los derechos	14
B. Ciudadanía y capacidad de obrar	21
C. Historicidad	29
D. Especificación	32
5. Teorías sobre los derechos fundamentales	33
A. La teoría liberal	35
B. La teoría institucional	39
C. La teoría axiológica	40
D. La teoría democrático-funcional	41

E. La teoría del Estado social	41
6. Clasificación y tipos de derechos fundamentales	44
7. ¿Cuáles son, en México, los derechos fundamentales?	52
8. Fuentes del derecho y derechos fundamentales	53
A. La Constitución	53
B. La reforma constitucional	60
C. Los tratados internacionales	61
D. La jurisprudencia	65
II. Régimen constitucional de los derechos fundamentales	66
1. La supremacía constitucional	66
2. La rigidez constitucional	77
3. La garantía de los derechos fundamentales	80
A. Las garantías internas	84
B. Las garantías internacionales	95
III. Titularidad de los derechos	103
1. Derechos asignados a todas las personas	103
2. Derechos asignados a los ciudadanos mexicanos	104
3. Derechos de las personas jurídicas	110
4. Derechos de los inmigrantes	112
IV. Derechos fundamentales y distribución de competencias	115
V. Interpretación	122
VI. Los derechos fundamentales frente a particulares	132
VII. Los deberes constitucionales	136
VIII. Derechos fundamentales y Estado de derecho: notas para una sociología de los derechos	141

IX. Bibliografía	150

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE IGUALDAD

I. Introducción al concepto de igualdad.. . . .	161
1. Igualdad y justicia	162
2. Perspectivas sobre la igualdad	163
A. La perspectiva lógico-lingüística	164
B. La perspectiva filosófico-política	165
C. La perspectiva jurídica.	168
3. ¿Qué diferencias son relevantes?	169
4. Igualdad en la aplicación de la ley e igualdad ante la ley .	173
II. La igualdad en derechos fundamentales (artículo 1o., párrafo primero)	175
III. El principio de no discriminación (artículo 1o., párrafo tercero)	177
1. Concepto de discriminación.	179
2. La no discriminación frente a los particulares	182
3. El control jurisdiccional de la no discriminación.	186
4. La jurisprudencia mexicana sobre no discriminación . . .	189
5. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación .	194
IV. La igualdad entre el hombre y la mujer y la protección de la familia (artículo 4o., párrafo primero)	208
1. La igualdad entre el hombre y la mujer	208
A. La igualdad entre el hombre y la mujer en la jurisprudencia	210

B. La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral	214
C. La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos	217
D. Algunos datos sobre la desigualdad de género	222
E. La igualdad entre el hombre y la mujer en la teoría constitucional mexicana	227
2. La protección de la familia	228
V. Las prohibiciones del artículo 12 constitucional	239
VI. El artículo 13 constitucional.	241
1. Leyes privativas	242
2. Tribunales especiales	248
3. Emolumentos	250
4. Fuero militar	253
VII. La igualdad en sentido sustancial	262
1. Las acciones positivas	264
2. Las cuotas electorales de género	275
A. Las razones a favor y en contra de las cuotas electorales de género.	276
B. Las cuotas electorales en México	280
C. Las cuotas y el derecho internacional de los derechos humanos	284
3. El derecho a la renta básica	285
VIII. Bibliografía	291

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LIBERTAD

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

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

XI. Libertad de tránsito y de residencia (artículo 11)	487
1. Libertad de tránsito	487
2. Los límites a la libertad de tránsito y las detenciones arbitrarias	492
3. La libertad de tránsito y circulación en el derecho internacional de los derechos humanos.	496
4. La libertad de tránsito y el artículo 33 constitucional	502
5. La libertad de residencia.	504
XII. Libertad religiosa (artículos 24 y 130)	506
1. La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos	510
2. La libertad ideológica	514
3. La libertad religiosa en México	517
4. Límites a la libertad religiosa	522
5. Temas pendientes en México en materia de libertad religiosa	526
A. La objeción de conciencia	527
B. La impartición de contenidos religiosos en las escuelas públicas	535
6. La libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado	539
XIII. Las libertades económicas (artículos 25, 26 y 28)	547
1. La rectoría económica del Estado.	551
2. La economía mixta	554
3. La planeación democrática del desarrollo.	556
4. El banco central	558
5. La libre concurrencia en el artículo 28 constitucional	560
A. Libre concurrencia y libertad de trabajo	562

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

CAPÍTULO CUARTO

LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

I. El concepto de seguridad jurídica	585
1. Dimensiones de la seguridad jurídica	587
2. Riesgos actuales de la seguridad jurídica	589
II. Derecho a la información (artículo 6o.)	591
1. Información, secreto y democracia	594
2. El derecho de acceso a la información pública	597
A. Cuestiones generales	597
B. La regulación en México	604
3. Algunos criterios jurisprudenciales sobre derecho a la in- formación	611
4. Protección de datos personales	619
III. Derecho de petición (artículo 8o.)	621
1. Cuestiones generales	622
2. Respuesta de la autoridad	624
3. Breve término	628
4. Derecho de petición y negativa ficta	629

5. El derecho de petición en materia política	631
IV. Derecho de posesión y portación de armas (artículo 10) . . .	632
V. Irretroactividad de la ley (artículo 14, párrafo primero) . . .	636
VI. El artículo 14, párrafo segundo	652
1. Actos privativos	653
2. Formalidades esenciales del procedimiento.	656
Derecho a la información consular	664
3. Tribunales previamente establecidos	669
VII. La exacta aplicación de la ley en materia penal (artículo 14, párrafo tercero).	670
1. Reserva de ley	673
2. Taxatividad	677
3. Prohibición de analogía	683
4. Proporcionalidad y legislación penal	685
VIII. El derecho a la legalidad en materia civil (artículo 14, párrafo cuarto)	690
IX. Los derechos del artículo 15 constitucional.	692
X. La garantía de legalidad en sentido amplio (artículo 16, párrafo primero)	695
1. Mandamiento escrito	696
2. Autoridad competente	698
3. Fundamentación y motivación	699
XI. Detenciones (artículo 16, párrafos segundo a sexto)	706
XII. Inviolabilidad del domicilio (artículo 16, párrafos octavo, undécimo y decimotercero)	712

XIII. Inviolabilidad de comunicaciones privadas (artículo 16, párrafos noveno, décimo y duodécimo)	720
XIV. Los derechos del artículo 17 constitucional.	724
1. Prohibición de autotutela	724
2. Acceso a la justicia	725
3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	732
4. Independencia judicial y ejecución de las sentencias.	733
5. Deudas civiles	736
XV. La presunción de inocencia	737
XVI. La pena de prisión y la cercanía con el domicilio.	740
XVII. La pena de muerte	744
XVIII. El derecho de propiedad (artículo 27).	749
XIX. Bibliografía	754

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS SOCIALES

I. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social	759
1. El individuo indefenso.	761
2. Los nuevos riesgos sociales	763
3. El papel del Estado	764
4. Estado social, desempeño económico y democracia	769
5. El Estado social como Estado constitucional	771
6. El concepto de derechos sociales	775
Los derechos sociales en la teoría constitucional mexicana.	775
7. Hacia una visión normativa de los derechos sociales.	779

A. El contenido de los derechos sociales.	779
B. La exigibilidad procesal	781
8. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales	782
A. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles.	782
B. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales	786
C. El acceso a la información en materia de derechos sociales	797
D. El papel del <i>ombudsman</i> en la protección de los derechos sociales	798
E. La inconstitucionalidad por omisión	801
II. Derecho a la educación (artículo 3o.)	803
1. El derecho a la educación como derecho social.	803
2. Derecho a la educación y derecho internacional de los derechos humanos	804
3. Datos sobre la educación en México	811
III. Derecho a la protección de la salud (artículo 4o., párrafo tercero)	813
1. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico mexicano	816
2. El acceso universal a los servicios de salud.	823
3. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos	826
4. Indicadores sobre la protección de la salud	841
5. Los nuevos riesgos para la salud	844
6. Derechos de las personas con discapacidad.	846
7. Derechos de los adultos mayores	859
La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.	866
IV. Derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 4o., párrafo cuarto).	870

V. Derecho a la vivienda (artículo 4o., párrafo quinto).	879
1. Vivienda digna y decorosa.	881
2. Efectos normativos del derecho a la vivienda	882
A. El derecho a la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado	884
B. El derecho a la vivienda en la Observación General número 4 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales	889
3. Los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda	892
4. Algunos datos sobre la vivienda en México	894
VI. Derechos de los menores de edad (artículo 4o., párrafos sexto, séptimo y octavo).	898
1. El trabajo y la explotación infantiles	905
2. Los menores en el derecho mexicano y en el derecho internacional	908
3. Los menores de edad frente a la justicia penal	920
4. La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño	930
5. Datos sobre la niñez en el mundo	935
VII. Derechos de los consumidores (artículo 28, párrafo tercero).	937
VIII. Derechos de los trabajadores (artículo 123).	942
1. Algunos antecedentes de los derechos de los trabajadores	943
2. Los derechos laborales como derechos fundamentales: derecho mexicano y derecho internacional	944
IX. Derecho a la alimentación	948
1. Hambrunas, población y democracia	949

2. El derecho a la alimentación como derecho fundamental . . .	951
A. Cuestiones empíricas	953
B. Cuestiones normativas.	957
X. Derecho al agua	961
1. El derecho al agua en el derecho internacional de los dere- chos humanos	962
2. El derecho al agua en México	969
XI. Bibliografía	971

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS COLECTIVOS

I. Multiculturalismo y derechos: un debate abierto y complejo.	979
1. Las etapas del debate	983
2. Diferencias y desigualdades.	986
3. Los argumentos sobre los derechos culturalmente diferen- ciados	988
4. ¿Qué derechos para las sociedades multiculturales?	992
5. Los dilemas de los derechos de grupo.	1000
II. La constitucionalización de los derechos indígenas en Améri- ca Latina	1003
1. La identificación del sujeto	1005
2. La tensión entre individuo y comunidad en los derechos in- dígenas.	1007
3. La armonización entre el derecho nacional y el derecho in- dígena	1011
A. El derecho indígena y los derechos fundamentales . . .	1011
B. Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales.	1015

C. La tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales	1016
III. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en México	1017
1. Derechos de autogobierno.	1021
2. Derechos poliétnicos.	1033
IV. Los derechos de las minorías en el derecho internacional . .	1037
V. Bibliografía	1045
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	
I. Introducción	1051
II. Derecho internacional de los derechos humanos	1051
III. Derecho comparado	1053
1. Tribunales constitucionales y jurisprudencia constitucional de otros países	1053
2. Legislación extranjera	1053
3. Doctrina extranjera	1054
IV. Organizaciones no gubernamentales	1055
V. Derecho mexicano	1055
1. Jurisprudencia	1055
2. Legislación.	1056
VI. Bibliografía básica recomendada	1056
1. Obras generales	1057
2. Historia de los derechos fundamentales.	1058
3. Recomendaciones para el capítulo primero	1059

4. Recomendaciones para el capítulo segundo	1060
5. Recomendaciones para el capítulo tercero	1061
6. Recomendaciones para el capítulo cuarto.	1062
7. Recomendaciones para el capítulo quinto.	1063
8. Recomendaciones para el capítulo sexto	1065
VII. Editoriales, librerías y bibliotecas	1066
VIII. Bibliografía	1067

Primera edición: julio, 2004

ISBN: 970-644-380-0

© **Comisión Nacional de los Derechos Humanos**

Periférico Sur 3469, esquina Luis Cabrera,

Col. San Jerónimo Lídice, C. P. 10200,

México, D. F.

Diseño de portada:

Flavio López Alcocer

Impreso en México

Primera edición: 2004

DR © 2004. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mario de la Cueva, s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-1580-7

PRESENTACIÓN

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México coinciden con el propósito de promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional. Dicho propósito se realiza plenamente en la edición de este libro titulado *Los derechos fundamentales en México*, de Miguel Carbonell, ya que representa un esfuerzo conjunto de ambas instituciones para contar con un texto que constituye una visión general y actualizada de los principales temas relativos a los derechos fundamentales en nuestro país, partiendo de su concepto, de las distintas teorías sobre los mismos, de su clasificación y tipos, abordando cuáles son éstos y los medios para garantizarlos en la actualidad constitucional mexicana.

La obra se integra por diversos capítulos sobre los derechos fundamentales y pretende ser, en principio, no sólo un manual para estudiantes, sino además y por los elementos que aporta —superiores a los que normalmente figuran en los textos escolares universitarios—, un instrumento útil, moderno y actualizado para la enseñanza en las escuelas y facultades no sólo de derecho, sino también de otras disciplinas, para facilitar así a los interesados el acercamiento a la problemática de los derechos humanos.

Algunos libros o manuales más conocidos y difundidos en nuestro país, como señala el autor, fueron escritos hace varios años, cuando algunos temas aún no existían o no revestían la importancia que hoy tienen, por citar algunos ejemplos, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la intimidad, las acciones positivas con relación a las cuotas de género, la protección de los datos personales, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de los adultos mayores o, para ir más lejos, el derecho a la alimentación y el derecho al agua.

Asimismo, y por el carácter fundamental de análisis y conceptual del libro, éste también pretende ser un material de consulta obligada para todas aquellas personas interesadas en los derechos fundamentales.

Indudablemente, el libro que el lector tiene en sus manos reviste un considerable interés, ya que nos proporciona información sobre los problemas, las debilidades, los fracasos y las estrategias en materia de derechos humanos.

La obra analiza, desde diversos ángulos, cada uno de los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 vigente, que hacen referencia a los derechos de igualdad, los derechos de libertad, los derechos de seguridad jurídica, el derecho de propiedad, los derechos sociales y los derechos colectivos, sin descuidar el derecho internacional de los derechos humanos por su obligatoriedad para las autoridades nacionales, por su riqueza en contenido y porque el Estado mexicano está sujeto a jurisdicciones internacionales; además, incluye referencias a los tribunales constitucionales más prestigiosos del mundo respecto de su jurisprudencia y criterios emitidos sobre los derechos fundamentales.

Finalmente, cada capítulo de esta obra contiene una bibliografía para profundizar en cada uno de los temas tratados, e incluye también una bibliografía general.

Esperamos sinceramente que este libro constituya un importante material de apoyo para legisladores, académicos, estudiantes, servidores públicos, miembros de la sociedad civil y, en general, para todas las personas interesadas en el tema de los derechos fundamentales. Seguramente los esfuerzos de quien lo elaboró, así como el de las instituciones que lo publican, quedarán recompensados al verlo convertido en una obra de consulta obligada para los interesados en el tema.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ
Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

NOTA PRELIMINAR

En su mayor parte, los diversos capítulos que integran este libro fueron redactados durante 2003. No fue un año demasiado propicio para pensar y escribir sobre los derechos fundamentales. No solamente porque el tema prácticamente desapareció de la agenda pública en muchos países, sino porque la guerra —que es la negación absoluta de los derechos— hizo su aparición tanto en los campos y ciudades de Irak como en nuestro entorno académico y político. Fue el gran tema del que se habló durante meses. No hubo otra cuestión en los principales ámbitos de las discusiones públicas que pudiera opacarlo. Las librerías se comenzaron a llenar de análisis sobre el nuevo papel de fuerza que ha asumido Estados Unidos, sobre los peligros de los fundamentalismos de matriz religiosa, sobre las ganancias que se están llevando altos funcionarios del gobierno estadounidense en la reconstrucción de Irak y así por el estilo.

Por otro lado, tampoco ha sido fácil escribir sobre los derechos fundamentales cuando en países con una consolidada tradición de defensa de las libertades se han dado pasos atrás de enorme magnitud. Una de las cunas del constitucionalismo, como lo son los Estados Unidos de América, estuvo debatiendo durante meses si se podía permitir la tortura contra presuntos terroristas; publicaciones tradicionalmente consideradas respetables y serias (*Time* y *Newsweek*, entre otras) se hicieron eco de esa temática y de pronto, sin saber cómo, estábamos volviendo a discutir cuestiones que habían quedado zanjadas —o eso suponíamos— hace ya muchos años. Al mismo tiempo, en Inglaterra un gobierno de izquierda planteaba una nueva legislación para que fueran posibles las detenciones sin orden judicial y por tiempo indeterminado. En la base estadounidense de Guantánamo, los presos de la guerra de Irak llevan meses sometidos a un régimen de aislamiento y tortura que no tiene precedente, sin que la opinión pública de ese país haya tomado plena conciencia del rumbo hiperautoritario que está tomando su gobierno.¹

1 Una de las pocas voces que han conservado la lucidez y criticado la situación desde la óptica de los derechos fundamentales ha sido la de Ronald Dworkin, de quien puede verse, por ejemplo, su ensayo “Terror and the attack on civil liberties”, *New York Review of Books*, Nueva York, vol. 50, núm. 17, 6 de noviembre de 2003. Un panorama más amplio del debate reciente sobre el

Los ejemplos se podrían multiplicar. El miedo —justificado o no— a los atentados terroristas y la incubación de profundos odios étnico-culturales parece que nos han devuelto a épocas que creíamos superadas, con la consecuencia —en el terreno de los derechos— de que se tienen que volver a defender incluso los principios básicos, aquellos que se habían cimentado hace doscientos años, que considerábamos definitivamente logrados (quizá con un punto de romanticismo e ingenuidad que —ahora lo sabemos— no tenía demasiado respaldo en los hechos) y que hoy parecen estar en peligro por el fuego cruzado de la prepotencia imperialista de unos y la ceguera terrorista de otros.

En este contexto no se sabe si resulta, ya no digamos realista, sino ni siquiera posible hacer referencia y defender por ejemplo lo que se ha llamado el “constitucionalismo global” o la “democracia cosmopolita”, o si bien tendríamos que concentrarnos en recordar que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se puede torturar a una persona, o que los derechos de quienes son acusados penalmente deben ser siempre respetados, sin que sea posible alegar alguna especie de estado de excepción individualmente determinado para violarlos.

A pesar de los síntomas contrarios a los derechos, o mejor dicho, precisamente por ellos, creo que hoy en día nada puede ser más útil y necesario que seguir escribiendo y difundiendo por todos los medios posibles su contenido, lógica y potencialidad emancipadora. ¿De qué otra forma podemos, entre todos, oponer a la irracionalidad de la guerra y a la demagogia de los “ataques preventivos”, la racionalidad y la ética de la convivencia que se sustentan en valores tan esenciales como la libertad, la igualdad y la solidaridad? ¿qué podemos esperar de nuestros ciudadanos y de nuestros gobernantes si no hay un discurso alternativo que al menos sugiera que existen otros medios para arreglar las diferencias y que uno de los mayores logros que la civilización humana ha alcanzado en toda su historia, como lo es el respeto a la dignidad de todos, no puede ser echado por la borda en pocas semanas por un gobierno imperial comandado por una pandilla de desequilibrados? Por todo eso es que el libro fue finalmente escrito, porque cada uno de nosotros tiene la responsabilidad de aportar lo que pueda en este momento no precisamente iluminado de la historia de la humanidad.

Para algunos esa posibilidad se limita a los muy estrechos márgenes de la actividad académica, cada día más desplazada de los grandes centros de discusión. Ningún libro podrá parar una guerra, no hay que hacerse falsas ilu-

siones; pero quizá su ausencia sí que puede provocar futuros choques. No escribir, no criticar, no ejercer nuestras libertades, no demandar ante los tribunales a quienes violan el orden jurídico internacional, no apoyar las iniciativas de pacificación no solamente es una omisión inocente; en los tiempos que corren todo eso nos hace corresponsables de la pérdida de sentido que recorre el mundo, del debilitamiento de los vínculos sociales, del asedio a la racionalidad. Escribir puede ser una débil respuesta frente a los grandes problemas que tenemos; pero dejar de hacerlo es, para quienes nos dedicamos a las tareas académicas en el ámbito de las ciencias sociales, una renuncia todavía más trágica.

Aparte de estos factores ambientales que en el plano internacional operan en contra de los derechos fundamentales, también hay que denunciar desde estas primeras páginas la fuerte implantación de una cierta forma de retórica que pretende achacar algunos de los males de nuestras sociedades no a la negación y violación cotidianas de los derechos, sino justamente a lo contrario, es decir, a la existencia misma de los derechos.

Para estos modernos inquisidores, son los derechos fundamentales los que causan el incremento de los índices delictivos, no el hecho mucho más contundente y humillante de que haya personas sumidas en la pobreza sin ningún tipo de horizonte vital para salir de ella, ni al mucho más obvio y acreditado que consiste en que la delincuencia se genera, ampara y cobija desde dentro de los aparatos oficiales, sobre todo —por ejemplo— en las áreas de policía o en las aduanas. Para los reaccionarios el desempleo no es el resultado de nuestro actual capitalismo globalizado, de signo depredador y monopolístico, sino justamente el resultado de haberle concedido a los trabajadores “demasiados derechos”. En esa misma lógica, los problemas indígenas en los Estados pobres del sur de México no serían el resultado de la miseria, el atraso y el abandono, sino la consecuencia de haber dejado que quienes no saben ni leer ni escribir se expresen como si fueran ciudadanos como los demás y pretendan tener los mismos derechos. También a esta retórica contraria a los derechos —que quizá es producto de lo que se ha llamado el “eclipse del constitucionalismo en la conciencia (in)civil”—² hay que oponerse de manera contundente. Si la dejamos pasar, tal como están las cosas, le estaremos concediendo una ventaja indebida dentro de la esfera pública de nuestro discurso temático.

Toca ahora hacer algunas referencias sobre el contenido del libro.

² Vitale, Ermanno, “Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales”, *Isonomía*, México, núm. 16, abril de 2002, p. 41.

Una de las dificultades mayores para su escritura ha tenido que ver con la decisión de estructurar los capítulos y la forma en que deberían ser desarrollados. La alternativa estaba entre hacer un manual para estudiantes, de forma que pudieran tener acceso a un instrumento que les permitiera contar con algo así como “los apuntes de clase” puestos en forma de libro, o bien ir un poco más a fondo e intentar aportar más elementos de los que figuran en los manuales escolares, aunque tampoco fueran tantos que impidieran la utilización del texto en toda su extensión dentro de los cortos periodos lectivos en nuestras universidades. Al final, creo que hay una combinación de ambos enfoques, pues en algunos temas el tratamiento ha sido más superficial y en otros se ha ido más a fondo.

Como quiera que sea, el objetivo del libro estuvo claro desde el principio: servir como un elemento útil para la enseñanza en las escuelas y facultades de derecho. No pretende, por tanto, aportar nada novedoso a la ciencia jurídico-constitucional ni se dirige a los expertos en el tema, que con seguridad tendrán ya en sus bibliotecas textos más completos y profundos que éste. Pero tampoco da por hecho, como creen algunos profesores, que todos los alumnos son perezosos, que nos les gusta leer y que su único objetivo es acreditar la materia haciendo el mínimo esfuerzo. No es esa la clase de alumnos a los que he podido servir en las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM. Al contrario. Me parece que la queja más permanente de los alumnos es justamente la falta de materiales modernos y actualizados en las distintas materias jurídicas; se quejan, y creo que con razón, de que los libros que utilizan en clase son muy anticuados y que presentan las cuestiones a tratar desde un punto de vista excesivamente teórico. Como es obvio, todo libro tiene que ser teórico, pues esa es su función, pero también es verdad que hay, para decirlo muy llanamente, *de teorías a teorías* y que las que imperan hoy en día en nuestras aulas universitarias no siempre están a la altura de los cambios que ha vivido el país y que está viviendo el mundo.

El objetivo docente no obstaculiza, desde mi punto de vista, la posibilidad de abordar cuestiones que pueden ser discutibles, que han sido polémicas y que tradicionalmente no han sido objeto de estudio dentro de los manuales universitarios referidos a los derechos, pero que sin duda forman parte del universo de temas que se están discutiendo en la actualidad, dentro y fuera de los circuitos académicos.

Algunos de esos temas no han sido tratados por nuestros teóricos por diferentes causas; una de ellas es la muy obvia de que algunos de los manuales más conocidos fueron escritos hace bastantes años, cuando una serie de cuestiones todavía no tenían la importancia que tienen hoy en día (esto se ve cla-

ramente cuando se repara en la notoria ausencia del estudio del derecho al medio ambiente como derecho fundamental por parte de nuestros teóricos; o con el resto de los derechos que se han incluido en varios textos constitucionales contemporáneos como respuesta a los avances tecnológicos: derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, *habeas data*, etcétera). Otra causa puede estar vinculada con la naturaleza del sistema político mexicano. La retórica autoritaria impidió durante mucho tiempo que los derechos sociales fueran planteados bajo enfoques garantistas, razón por la cual vemos que algunos manuales ni siquiera se detienen en su estudio, y otros que sí lo hacen caen con frecuencia en planteamientos ya superados o que aportan más bien poco a una comprensión contemporánea y normativamente eficaz de los mismos.

En algunos de los temas polémicos he intentado ofrecer una exposición si no neutral, al menos bastante comprensiva con los puntos de vista con los que no estoy de acuerdo, procurando alcanzar la mayor objetividad posible; así sucede cuando se abordan cuestiones como la del aborto o la de la libertad religiosa y sus límites. En éstos y en otros temas el lector no encontrará siempre puntos de vista contundentes y cerrados a otras posibilidades, ya que en el fondo sigo teniendo muchas dudas sobre varios aspectos; además, creo que cada persona debe contar con la información necesaria para formarse su propio criterio, sin tener que acomodarse al de quien escribe.

Debo advertir que, teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente divulgativo del libro, hay algunos aspectos de la regulación constitucional de los derechos en los que no he profundizado como quizá hubiera sido necesario. Concretamente, varias partes del capítulo primero (en donde se exponen las cuestiones de teoría general de los derechos) deberían estar más desarrolladas; en ese mismo capítulo también quedaron ciertos temas por ser planteados. Lo mismo sucede en el capítulo cuarto (en el que se estudian los derechos de seguridad jurídica), aunque en este caso las limitaciones en la exposición obedecen en buena medida al grado de detalle con que el texto constitucional mexicano regula los derechos dentro de los procedimientos penales; en los artículos 16 y 18 al 23 de la Constitución mexicana hay varias disposiciones que sólo pueden llegar a ser interpretadas cabalmente por los especialistas en derecho penal o en derecho procesal penal. En estos casos, el constitucionalista debe proceder con mucha cautela; he preferido aportar simplemente algunas notas un tanto “externas” a tales cuestiones, partiendo del entendimiento que de ellas puede tener alguien que no se dedica a estudiar el derecho penal. El lector debe estar advertido de que quedan, al menos en los capítulos primero y cuarto (y seguramente en algún otro)

muchas cosas por decir y que en varios aspectos se ha aportado una visión muy superficial y general de los temas estudiados. Hay también al menos tres grandes temas que quizá deberán ser objeto de un tratamiento por separado, dada su importancia o su especificidad temática. Me refiero a: *a)* la historia de los derechos fundamentales; *b)* los derechos de participación política (es decir, el derecho de sufragio activo y pasivo, y el derecho de asociación política), y *c)* la suspensión de los derechos fundamentales, que involucra la delicada temática de los estados de excepción.

Una de las cuestiones que me ha parecido difícil de comprender desde que era estudiante en la Facultad de Derecho de la UNAM, y que estoy seguro que llama a la atención a varios de los que actualmente estudian en las aulas de esa y otras escuelas de derecho, es que pese a la frecuencia con que los profesores repetían la necesidad de estudiar el derecho de forma interdisciplinaria, tomando en cuenta las aportaciones de otras ciencias sociales, nunca o casi nunca los mismos profesores se valieran de instrumentos de medición empírica para poner a discusión si un determinado precepto se cumplía o no en la práctica; es decir, se nos explicaban las normas tal como estaban escritas en los códigos y en las leyes, pero nunca había un momento en el que se nos dijera —no a través de anécdotas o de vivencias de los docentes, sino por medio de instrumentos científicamente adecuados— si esas normas servían para algo en la realidad.

Ya en un libro anterior sobre los derechos fundamentales intenté comenzar a introducir algunas estadísticas básicas que sirvieran para acreditar que los postulados constitucionales que se proclamaban solemnemente en el texto de 1917 no se realizaban en la práctica.³ Al escribir los distintos capítulos de este libro también tuve que decidir si era necesario o no, para efectos de la exposición, hacer referencia a las estadísticas que demostraran, en los casos en que fuera posible y necesario, que los derechos se cumplían o no se cumplían; al final, como podrá comprobar el lector, decidí incorporar solamente algunos datos, para no alargar de modo excesivo el número de páginas.

Aunque el carácter informativo del texto es muy marcado, se ha limitado la incorporación de información estadística recordando una reflexión de Giovanni Sartori sobre el mejor modo de preservar la vigencia de los contenidos de un libro. Según Sartori, los libros que son *solamente* informativos o que se apoyan en exceso en estadísticas se pueden quedar obsoletos en seguida,

³ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002. De ese libro he recuperado para la presente exposición bastantes pasajes, incluyendo varios de los que figuran en su nota preliminar, que ahora se han incorporado en las siguientes páginas.

tan pronto como la información ofrecida se puede remplazar por otra más actualizada; por el contrario, los libros de corte más analítico o conceptual mantienen durante más tiempo la vigencia de su contenido.⁴ Por eso, las estadísticas que el lector podrá encontrar en este libro son menos de las que podrían figurar o, incluso, de las que me hubiera gustado incluir. En compensación, dentro de la explicación que aparece al principio de la bibliografía general el lector podrá encontrar algunas recomendaciones de las fuentes de medición empírica a las que puede dirigirse en caso de que le interese tener los datos sobre algún derecho en concreto.

En términos generales, y con independencia del uso limitado que de ellos se hace en el texto, lo cierto es que los datos estadísticos nos ofrecen parámetros reales de lo que está sucediendo en México y en otras partes del mundo en el tema de los derechos. Su utilización no solamente tiene que ver con la necesidad de trabajar con metodologías mixtas en el campo del derecho constitucional —que a veces tiene que moverse a caballo entre la ciencia política, la teoría del derecho y la sociología—, sino también y sobre todo intenta servir al objetivo de no dejar libre el campo de la realidad a los políticos. En efecto, me parece que los estudios académicos se han contentado desde hace años con hacer muy poco (una especie de *self-restraint* académico), y con ello le han dejado un enorme campo de acción a la “política del derecho”, que han podido operar los políticos profesionales sin ningún tipo de control científico y sin las molestas críticas de la doctrina. Sobra decir que al adoptar esa postura la doctrina ha terminado deslegitimándose a sí misma y, lo que es tal vez peor, cayendo en la irrelevancia absoluta. A muchos teóricos se les había olvidado pasar sus reflexiones por el tamiz de la realidad (¡nada menos!). Seguramente se trata de una versión autóctona de lo que Paolo Flores D’Arcais ha caracterizado como el “pensamiento frívolo”, que sería una variante de lo que José Samarago denomina el “pensamiento cero”; como quiera que se le llame, con seguridad se trata de un “pensamiento débil”.⁵

En el campo de los derechos humanos, esta actitud de una parte de los estudios teóricos, proyectada por años sobre las cátedras universitarias y por tanto sobre los estudiantes, ha tenido efectos devastadores. Quizá se pueda decir de este tipo de doctrina jurídica lo que el mismo Paolo Flores D’Arcais

⁴ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003, p. 15.

⁵ Barcellona, Pietro, *L’individuo e la comunità*, Roma, Edizioni Lavoro, 2000, pp. 55 y ss.

ha dicho de algunos enfoques filosóficos contemporáneos:⁶ para ella el individuo realmente existente, o el tipo de individuo que está en la concepción de los derechos, se ha convertido sin ningún problema en una sombra, ha sido despojado de todo dramatismo, se ha vuelto una obviedad que se da por descontada; mezclando un poco de hedonismo, otro poco de egoísmo y un calculado trocito de virtud, algunos teóricos han llegado sin problemas a presentarnos ante el mejor de los mundos posibles, bajo la insignia de ecuaciones de racionalidad y funciones utilitaristas. Pero han descuidado al individuo que somos todos, que es, en definitiva, el individuo que está hoy día en juego.

La política del avestruz, para seguir con la paráfrasis de Flores D'Arcais, no puede ser aplicada a la ciencia jurídica sin destruirla, porque pensar es siempre hacerlo de forma coherente y, por tanto, radicalmente, en la medida en que todo pensamiento coherente —para serlo de verdad— debe llegar a las raíces de los problemas y esclarecer sus causas.

En México los estudios jurídicos han practicado desde hace tiempo una forma renovada de lo que el mismo autor ha llamado “el ping-pong escolástico de la academia”, que habla del mundo pero se sitúa fuera de él, dejándolo así, tal como lo encuentra.

Y esto es lo que quiere evitarse justamente con la metodología y el enfoque elegidos para escribir este libro: ni hacer un ejercicio más de ping-pong académico, ni esconder los problemas bajo la alfombra para que terminen saliendo al cabo de un tiempo.

En este contexto, las estadísticas buscan servir como esquemas de deslegitimación, es decir, como armas arrojadas en contra del discurso hegemónico del poder —no sólo del poder político, sino también del económico y del ideológico—, de acuerdo con el cual estamos viviendo casi en el mejor de los mundos posibles y debemos estar muy agradecidos por los desvelos protectores de la clase política e intelectual que nos ha gobernado y educado en los últimos decenios.

Mientras desde la teoría —no sólo la teoría política o sociológica, sino también jurídica— no se reaccione a este discurso autocomplaciente con elementos que se correspondan a la realidad, es muy poco el efecto que se podrá tener para cambiar un escenario social que se muestra en tantos aspectos insufrible. Suministrar datos y reflexiones para deslegitimar la actuación de los poderes públicos, que han sido por años los primeros en violar los derechos

6 Flores D'Arcais, Paolo, *L'individuo libertario. Percorsi di filosofia morale e politica nell'orizzonte del finito*, Turín, Einaudi, 1999, pp. 16 y 20 (traducción al castellano, *El individuo libertario*, Madrid, Seix Barral, 2001).

fundamentales, es una obligación moral de una teoría comprometida no solamente con la especulación acerca de los derechos, sino sobre todo atenta a su realización práctica. Dicha deslegitimación no debe servir sin embargo para pedir que los poderes públicos se desentiendan aún más del cumplimiento de las obligaciones que derivan de los derechos, ya que ello podría significar poco menos que un regreso a la ley de la selva. Por el contrario, a partir de una buena radiografía de los problemas, debilidades y fracasos que se han tenido en materia de derechos fundamentales es como se pueden definir estrategias de mucho mayor alcance y, esperemos, que cuenten con mayores posibilidades de éxito que las empleadas hasta ahora. Es una exigencia mínima de pensamiento coherente, según creo.

En cualquier caso, me parece que la función de la teoría nunca debe ser la de solidarizarse con los pronunciamientos del poder, sino la de ejercer una función de vigilancia, incentivando la duda y aportando datos y propuestas para fundamentar su propio papel de “contrapoder”. Esa es la visión que anima la metodología empleada en las páginas que siguen,⁷ desde la cual sin embargo no es posible hacerse falsas esperanzas sobre el papel relativo y de bajo impacto que tiene en general la teoría social sobre el quehacer político contemporáneo. Es verdad que a la teoría del derecho le cabe una gran responsabilidad y que puede en el campo de los derechos jugar un papel en buena medida normativo, como lo ha señalado Luigi Ferrajoli, pero ello acontece solamente si cobra la fuerza necesaria para hacerse *oír*, para ser conocida en primer término y para incidir en la opinión pública y en el quehacer político después, cuestión que no es nada fácil en países como México. Como ha escrito Marco Revelli: en tiempos de caída de poco sirve la *routine* intelectual, el pequeño cabotaje del pensamiento.⁸ De todas formas, creo que el esfuerzo por intentar hacerse oír y aportar una visión quizá no del todo tradicional vale la pena, con independencia del impacto que pueda llegar a tener.

El uso de las estadísticas y su utilidad para comprender la realidad, sin embargo, deben hacerse partiendo de algunas precauciones, que varios lectores atentos de un libro anterior ya amablemente me hicieron ver. Por un lado, es obvio que las estadísticas, en su mayor parte, son acercamientos “aproximados” de la realidad, pero nunca la pueden llegar a reflejar por completo;

⁷ Dicha visión es deudora, en alguna medida, de las reflexiones de Norberto Bobbio sobre el papel de los intelectuales, muchas de ellas recogidas en su libro *La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Paidós, 1998. Sobre el mismo tema, pero en referencia específica a la función de la teoría jurídica, puede verse Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

⁸ *Le due destre. Le derive politiche del postfordismo*, Turín, Bollati Boringhieri, 1996, p. 75.

es decir, las estadísticas indican cómo son las cosas aproximadamente, o sea, no exactamente, por lo tanto hay que tomarlas como un elemento entre otros para comprender nuestro objeto de estudio. Una limitación adicional que hay que tomar en cuenta para el manejo de datos estadísticos, es que, al menos en México, la mayor parte de esos datos tienen como única fuente instancias gubernamentales, de manera que es posible que estén expuestos a algún tipo de manipulación. En otros países existen organizaciones independientes que se dedican a hacer mediciones empíricas que diversos fenómenos sociales (sobre todo en las universidades), lo cual permite contar con elementos de contraste respecto a la información oficial; en México, todavía no tenemos esa posibilidad, por lo que no hay más remedio que acudir a las fuentes oficiales.

En los últimos años nos hemos podido enterar de varios casos de manipulación estadística por parte de los poderes públicos (por ejemplo, del hecho de que la difusión de un informe que reflejaba un incremento importante de los niveles de pobreza de la población no se diera a conocer sino hasta dos años después de su elaboración para no coincidir con unas elecciones federales que se preveían muy reñidas).

Con frecuencia he intentado nutrir la exposición con los materiales normativos que nos suministran los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En esos instrumentos se puede encontrar un sinfín de argumentos y de preceptos obligatorios para las autoridades nacionales respecto a casi todos los derechos que figuran en el catálogo de la Constitución mexicana. Aunque en México no son muy conocidos, creo que su exposición es necesaria y obligada tanto desde un punto de vista teórico como desde un punto de vista práctico. Por lo que hace al enfoque teórico, es obvio que esas normas son parte del universo normativo que *en el derecho interno* protege nuestros derechos; omitir su exposición y análisis es tan grave como lo sería dejar de dar cuenta de las principales tesis jurisprudenciales o no mencionar un artículo constitucional o un precepto legal que prevea o desarrolle un derecho fundamental.

En lo que respecta al aspecto práctico, el derecho internacional de los derechos humanos tiene mucha utilidad para reforzar argumentativamente la defensa de los mismos. Para empezar, por su ya mencionada obligatoriedad para las autoridades nacionales; en segundo lugar, porque su contenido es más rico, en muchos aspectos, que nuestra normatividad constitucional y legal, además de nuestra todavía escasa jurisprudencia; y en tercer lugar, porque México forma parte ya de jurisdicciones internacionales, de manera que los parámetros de defensa y enjuiciamiento en materia de derechos humanos

han dejado de ser exclusivamente nacionales y han tomado una naturaleza mixta, a la vez nacional e internacional. Para decirlo en otras palabras, hoy en día la frontera entre el derecho exclusivamente nacional y el derecho exclusivamente internacional se ha vuelto muy borrosa y las normas pueden ser utilizadas de manera indistinta en los dos niveles, sobre todo las normas internacionales en el nivel nacional.

Junto a la referencia de los pactos y tratados internacionales, se han incluido también citas del derecho de otros países; en particular he procurado aportar —considerando el carácter informativo del libro— el mayor número de elementos posibles de dos jurisdicciones constitucionales que, cada una a su modo y por muy distintas razones, me parece que son ejemplares en el tema de los derechos fundamentales. Me refiero al que se puede considerar el tribunal constitucional más prestigioso del mundo, que es sin lugar a dudas la Corte Suprema de los Estados Unidos de América; la difícil relación de vecindad que México tiene con Estados Unidos y el hecho de que su gobierno haya adoptado con frecuencia actitudes imperialistas en su relación con el resto del mundo, no debe nublar el hecho de que su jurisprudencia constitucional es en términos generales la más avanzada del planeta y que podemos aprender mucho de ella. Los jueces que integran esa Corte son reconocidos dentro y fuera de las fronteras de su país, sus sentencias se comentan por decenas de analistas, se recopilan por diversas editoriales y se traducen a muchos idiomas; sorprendentemente, sin embargo, son pocos los libros mexicanos que citan sus resoluciones y escasa la atención que suscitan en el medio de los abogados nacionales. En virtud de que para mí han sido una fuente constante y provechosa de aprendizaje, he considerado oportuno incluir de forma más o menos extensa, dependiendo del tema, referencias a las decisiones de mayor importancia que ha dictado ese tribunal.

Además del tratamiento que recibe la jurisprudencia estadounidense, el lector encontrará también muchas referencias tomadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Hay varias razones que justifican esas citas. En primer lugar, esa jurisprudencia es relevante porque el desarrollo del constitucionalismo español siempre ha influido —positivamente, según alcanzo a percibir— en el constitucionalismo mexicano, por lo que es tiempo de atender dicha tradición en lo que pueda suministrar de interesante y de novedoso. La segunda razón es porque —debida o indebidamente— se suele citar a España como el paradigma de país que superó con gran velocidad y con notable éxito una larga etapa histórica marcada por un régimen político dictatorial; en poco más de veinte años España supo dejar atrás la larga noche del franquismo y dar paso a una democracia que sin ser perfecta tiene

una considerable fortaleza, que permite y fomenta un diálogo público muy nutrido y que ha hecho posible que sus habitantes se integren con toda dignidad en el concierto de la Unión Europea. En la nueva etapa democrática, el Tribunal Constitucional se ha proyectado como un actor de primera importancia para el conjunto del sistema jurídico español y ha emitido criterios muy relevantes sobre el tema de los derechos fundamentales. De algunos de ellos, estoy seguro, podremos también sacar las conclusiones que sean pertinentes para una mejor aplicación de nuestro texto constitucional.

En términos generales, considero que es obligación de quienes investigamos y damos clases abrir la perspectiva de los estudiantes hacia otros sistemas jurídicos; no para copiarlos de forma automática, sino para analizar qué es lo que podemos aprender de ellos (que en determinados temas será mucho y en otros nada) y para evitar incurrir en sus errores. Hay que reconocer sin vergüenza que el constitucionalismo mexicano, que alguna vez estuvo en la vanguardia mundial, hoy en día sufre importantes rezagos si se le compara con otros países; sería muy poco acertado no reconocer una realidad tan palmaria, pero sería igualmente inapropiado pensar que nada se puede hacer para cambiarla.

Veamos sin complejos cómo otros países han luchado por defender los derechos fundamentales; estemos atentos a sus éxitos y a sus fracasos, y abrámonos a otras realidades, tanto algunas lejanas (las europeas, por ejemplo) como otras cercanas (aunque en el texto no se hace tanta referencia a ellas, también son muy importantes, para nuestra materia, los desarrollos jurisprudenciales que se han producido en Colombia, Argentina y Costa Rica, cuyas cortes y salas constitucionales —o Corte Suprema en el caso argentino— han dictado varios de los fallos más interesantes de la jurisprudencia extranjera en los últimos años).

La perspectiva metodológica de la obra es moderadamente crítica. Me parece que quienes hacemos teoría social en México debemos de mantener siempre una cierta visión crítica, entendiendo, como lo señala Boaventura de Sousa Santos, que la teoría crítica es tal, cuando además de estudiar y analizar lo que está empíricamente dado, es capaz de pensar en alternativas a la realidad y de proyectar el pensamiento hacia posibilidades que aunque no existen en la actualidad sería deseable alcanzar en el futuro. Un párrafo de ese autor creo que lo explica con claridad:

El problema más intrigante que hoy afrontan las ciencias sociales puede formularse del siguiente modo: viviendo en el inicio del milenio en un mundo donde hay tanto para criticar ¿por qué se ha vuelto tan difícil producir teoría crítica? Por teoría crítica entiendo toda la teoría que no reduce la “realidad” a lo que existe. La realidad,

cualquiera que sea el modo en que la concibamos, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades y la tarea de la teoría consiste precisamente en definir y valorar la naturaleza y el ámbito de las alternativas a lo que está empíricamente dado. El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia, y que, por tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe. La incomodidad, el inconformismo y la indignación ante lo existente suscita el impulso para teorizar su superación.⁹

Siendo crítica, la metodología de este trabajo lo es solamente de forma moderada, ya que no tiene como pretensión principal ni mucho menos única referirse a las alternativas posibles a una realidad que suele ser muy poco compatible con lo establecido en la Constitución sobre los derechos fundamentales. En algunos temas la perspectiva crítica se utiliza con mayor intensidad; así sucede, por ejemplo, al tratar temas en los que la doctrina nacional ha sido particularmente descuidada —como en el caso de los derechos sociales— o en los que la jurisprudencia de nuestros tribunales sigue sin dejar atrás la marca autoritaria que por décadas fue su signo principal.

También se nota más la perspectiva crítica —en el sentido de alternativa a lo existente— cuando se hace referencia a expectativas que todavía no se encuentran previstas como derechos fundamentales pero que quizá obtendrán ese carácter en los años por venir; es el caso del derecho al agua o del derecho a la renta básica, por mencionar dos ejemplos.

Un primer objetivo de crítica sobre los derechos fundamentales en México es el propio texto constitucional, es decir, la regulación que de tales derechos contiene la Constitución; sin mejorar esa regulación, los derechos seguirán enfrentando importantes problemas al intentar materializarse; dicha crítica, sin embargo, ha sido objeto de un estudio anterior al que conviene remitirse, pues allí se analizan las posibles reformas (las alternativas deseables a lo que se tiene hoy en día) a todo el texto constitucional y no solamente a la parte de los derechos fundamentales.¹⁰

La utilización de perspectivas críticas, que me parece una obligación de todo científico social, es quizá más pertinente al tratar temas de derecho constitucional, como consecuencia —en parte— del carácter utopista de esta rama del conocimiento y de su principal objeto de estudio (la Constitución). Como señala Hans Peter Schneider:

⁹ Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée, 2003, vol. I, p. 23.

¹⁰ Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, 2004.

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de “utopía concreta”. De ello resulta la orientación finalista del derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.¹¹

Al final de cada capítulo se encuentra una bibliografía en la que se incluyen no todas las obras citadas en las notas a pie de página en el respectivo capítulo, sino las que, estando o no citadas, hacen referencia al tema estudiado y además pueden ser especialmente útiles para profundizar en su análisis. En estas bibliografías capitulares no se incluyen las obras de carácter general, para evitar repeticiones, ya que la mayor parte de ellas se cita en más de un capítulo.

El conjunto de los títulos contenidos en las bibliografías capitulares se ha reunido en la bibliografía general, para cuya mejor consulta sugiero que se tome en cuenta el texto que, a modo de explicación previa, se encuentra en sus primeras páginas. En ellas se citan algunas fuentes por medio de las cuales acceder directamente a los textos normativos nacionales y extranjeros que se utilizan a lo largo del libro y se destacan los libros más importantes para cada uno de los temas tratados.

Aunque debe ser cierto que toda escritura es, de alguna u otra forma, una manera de expresar nuestras propias biografías, también es verdad que el ensayo académico es donde esa tendencia debería notarse menos; eso he procurado al escribir este libro, aunque debo reconocer que la inclusión de algún tema o la perspectiva con la que se aborda otro han estado marcadas por situaciones personales. Así ha sucedido con el tema de los derechos de los menores de edad y con el de los derechos de los adultos mayores; la convivencia con Mercedes y Miguel, mis hijos, ha influido de manera muy importante

¹¹ *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49.

en el primero de esos temas; y lo mismo ha sucedido por la cercanía con Rosa y Miguel, mis abuelos, en una etapa particularmente difícil de sus vidas, marcada por las complicaciones objetivas que suelen afectar a las personas mayores.

Aunque en su mayor parte el texto fue redactado —reitero— en 2003, es obvio que está alimentado por anteriores horas de lectura y por la realización de tareas académicas compartidas con muchas personas. El impulso que lo pudo hacer realidad provino, como tantas otras felices iniciativas, de José Luis Soberanes Fernández, presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a quien le agradezco el apoyo y la confianza que siempre ha tenido hacia mi persona. El mismo apoyo y la misma confianza se los agradezco también a Diego Valadés, magnífico director de nuestro Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y a Jorge Carpizo, que tantas cosas buenas ha hecho en favor de los derechos humanos en México.

En los últimos años he tenido la oportunidad de compartir tareas en el Instituto con una serie de personas excepcionales por su talento jurídico y por su entrega al trabajo, cuya ayuda ha sido imprescindible en varias etapas del libro. Les agradezco su apoyo a Cristina Anta Carrillo, Rodrigo Brito (quien realizó una primera selección de la jurisprudencia mexicana en materia de derechos fundamentales que me fue de gran ayuda), Sandra Moguel, Karla Pérez Portilla y Carlos M. Pelayo Möller.

La parte final de la redacción del texto la pude hacer en Barcelona, gracias al apoyo de Diego Valadés, en lo profesional, y de mis padres y mi hermano José en lo personal.

Fueron meses intensos, pero del todo gratificantes por la presencia y estímulo de Mónica y de mis hijos, Mercedes y Miguel, que de nuevo han vuelto a suponer mi mayor motivación para abordar sin desmayo este trabajo. Intentar darles las gracias no sería sino un muy pálido reflejo de todo lo que les debo; una forma distinta de decirlo quiere ser la dedicatoria que abre este libro.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917: INTRODUCCIÓN GENERAL

I. El concepto de derecho fundamental	1
1. Enfoques para estudiar los derechos fundamentales	2
2. Los fundamentos de los derechos	4
3. Derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos	6
4. ¿Qué es un derecho fundamental?.	10
A. La universalidad de los derechos	14
B. Ciudadanía y capacidad de obrar	21
C. Historicidad	29
D. Especificación	32
5. Teorías sobre los derechos fundamentales	33
A. La teoría liberal	35
B. La teoría institucional	39
C. La teoría axiológica	40
D. La teoría democrático-funcional	41
E. La teoría del Estado social	41
6. Clasificación y tipos de derechos fundamentales.	44

7. ¿Cuáles son, en México, los derechos fundamentales? . . .	52
8. Fuentes del derecho y derechos fundamentales.	53
A. La Constitución	53
B. La reforma constitucional	60
C. Los tratados internacionales	61
D. La jurisprudencia	65
II. Régimen constitucional de los derechos fundamentales. . . .	66
1. La supremacía constitucional	66
2. La rigidez constitucional	77
3. La garantía de los derechos fundamentales	80
A. Las garantías internas	84
B. Las garantías internacionales	95
III. Titularidad de los derechos	103
1. Derechos asignados a todas las personas	103
2. Derechos asignados a los ciudadanos mexicanos.	104
3. Derechos de las personas jurídicas	110
4. Derechos de los inmigrantes.	112
IV. Derechos fundamentales y distribución de competencias . .	115
V. Interpretación	122
VI. Los derechos fundamentales frente a particulares	132
VII. Los deberes constitucionales	136
VIII. Derechos fundamentales y Estado de derecho: notas para una sociología de los derechos	141
IX. Bibliografía	150

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917: INTRODUCCIÓN GENERAL

El estudio de los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico concreto debe tomar como punto de partida una serie de conceptos de carácter general que nos permitan avanzar en el análisis de la forma más rigurosa y precisa que sea posible. Por ello, en este primer capítulo se abordarán algunas de esas cuestiones generales, que no deben limitarse a aspectos estrictamente jurídicos, sino que a éstos hay que agregar consideraciones de carácter sociológico a fin de poner el estudio de los derechos fundamentales en un contexto más amplio.

Para lograr lo anterior, se abordan problemas conceptuales y metodológicos; en la parte conceptual se intenta dar respuesta, entre otras, a las preguntas de qué son los derechos fundamentales, por qué se llaman de ese modo, cómo podemos saber que estamos en México frente a un derecho fundamental y quiénes son los titulares de los derechos fundamentales; en los apartados metodológicos se abordarán, entre otras, las cuestiones referidas a la clasificación de los derechos o a la forma en que deben ser interpretados. También haremos referencia al importante tema, en alguna medida novedoso en México, de cómo se pueden aplicar los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.

A partir del capítulo segundo comenzaremos a estudiar cada uno de los concretos derechos fundamentales que establecen la Constitución y los tratados internacionales.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

El objetivo de este apartado es suministrar una serie de pautas para que el lector tenga elementos de carácter conceptual sobre los derechos fundamentales. Intentaremos contestar a las siguientes preguntas: ¿porqué hay algunos derechos que se llaman fundamentales? ¿qué son esos derechos? ¿cuáles son las diferencias que existen entre los derechos fundamentales y los demás tipos de

derechos? ¿cómo se puede saber si se está frente a un derecho fundamental o frente a un derecho de otra especie? Vamos por partes.

1. *Enfoques para estudiar los derechos fundamentales*

Junto a la explicación de su concepto, una de las primeras cuestiones que deben ser estudiadas sobre el tema de los derechos fundamentales tiene que ver con su fundamento, con su razón de ser. Las preguntas esenciales en este punto serían: ¿por qué necesitamos tener derechos fundamentales? ¿cuáles podrían ser los criterios para considerar que ciertos derechos son o deben ser fundamentales y otros no? ¿por qué asignamos a ciertas prerrogativas o pretensiones una protección reforzada, al considerarlos fundamentales, frente a otros derechos?¹

Las preguntas anteriores pueden ser contestadas desde varios puntos de vista. El más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado —sostendría esta visión— tales derechos son fundamentales.

Siendo esto cierto en parte, también es verdad que para cualquier observador resulta obvio que los derechos no han llegado ni automática ni mágicamente a los textos constitucionales. Los derechos están allí por alguna razón; razón (o mejor, razones) que habría que rastrear en la historia, en la sociología, en la economía y en la política, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos. Reducir los derechos a su connotación jurídica, sin dejar de ser importante, significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos que, tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en la de las relaciones internacionales, los han reconocido y protegido.

El estudio de los derechos tiene que distinguir, en consecuencia, varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes.²

¹ No desarrollaremos este punto con la extensión que el tema merece, debido a que el objetivo principal del libro es el estudio de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana; para profundizar en la cuestión de los fundamentos, ver Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

² Sigo la exposición de Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en la obra colectiva del mismo nombre, *cit.*, pp. 289-291.

a) Uno, que se acaba de mencionar, es el que corresponde a la dogmática jurídica de acuerdo con el cual, se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. Desde este punto de vista la pregunta a contestar es la de ¿cuáles son los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta se debe dar a través de la descripción de un determinado ordenamiento jurídico; así pues, se describirán la libertad de expresión del artículo 6o. de la Constitución mexicana o la libertad de tránsito del artículo 11 de la misma carta magna. Éste será el objeto de estudio del capítulo segundo y siguientes de este libro, en los que iremos abordando el análisis de todos los derechos que están explícitamente recogidos en el texto constitucional mexicano o que forman parte del sistema jurídico nacional por estar incorporados en un instrumento de derecho internacional que México ha firmado y ratificado.

b) Un segundo nivel de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en cuanto derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. La pregunta a la que se busca contestar en este nivel de análisis es ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Para responder a esta cuestión se deben ofrecer justificaciones y razones por las que se considera que deben ser derechos fundamentales el derecho a la igualdad, los derechos de libertad o los derechos de participación política, con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos efectivamente tutelados por la Constitución.

c) Un tercer nivel es el que corresponde a la teoría del derecho; dicha teoría tiene por objeto construir un sistema de conceptos que nos permita entender qué son los derechos fundamentales. La pregunta que se intenta resolver en este nivel de análisis: ¿qué son los derechos fundamentales? Para dar contestación a esta pregunta se debe aportar una definición estipulativa de lo que son los derechos fundamentales; en cuanto tal, no será verdadera ni falsa, sino más o menos adecuada en virtud del rendimiento explicativo que tenga para entender lo que son los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico, con independencia de cuáles sean los derechos que en ese ordenamiento se prevean.

d) Un cuarto nivel es el que atañe a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; desde este punto de vista, la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? Se trata de estudiar el grado de eficacia que los derechos

han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan para que se creen nuevos derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados y así por el estilo. Para responder a esa pregunta, nos dice Luigi Ferrajoli, debemos aportar

respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio.³

2. *Los fundamentos de los derechos*

Hecha la anterior distinción entre los diversos niveles de análisis desde los que se puede emprender el estudio de los derechos, conviene hacer referencia a los conceptos y valores que justifican que tales derechos sean considerados fundamentales.

En este punto pueden emplearse los distintos niveles de análisis que acabamos de mencionar; así por ejemplo, desde un punto de vista de la dogmática constitucional, la justificación para calificar a un derecho como fundamental se encuentra en su fundamento jurídico, es decir, en el reconocimiento que hace un texto constitucional de ese derecho; desde un punto de vista de teoría de la justicia, el fundamento de un derecho se encontraría en las razones o en la justificación racional que puede existir para ese derecho; desde un punto de vista de teoría del derecho, un derecho fundamental encuentra su justificación para ser considerado como tal por reunir las características que se establecen en la definición teórica que se ofrezca de los derechos; finalmente, para el nivel de análisis sociológico o historiográfico, un derecho fundamental tendrá justificación en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica, es decir, siempre que no haya sido una pura entelequia o la mera disquisición de algún pensador, sin ninguna repercusión práctica.

Para una primera aproximación puede ser interesante situarse en el segundo de los niveles de análisis ya mencionados, es decir, el que tiene que ver con la teoría de la justicia o con la filosofía política. Los filósofos de la justicia y los teóricos políticos discrepan en varios puntos cuando se trata de justificar los

³ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 291.

valores que demuestran o apoyan la cuestión de cuáles deberían ser los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales; estos criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.⁴

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁵

Lo anterior significa que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar a donde quiera, o puede ser torturado o mutilado.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir, como se va a explicar más adelante, que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales intenta responder a las siguientes preguntas: ¿por qué debemos proteger cierto bien como un derecho fundamental? ¿qué es lo que debemos tomar en cuenta para decidir qué bienes deben tener el

⁴ *Ibidem*, pp. 314 y ss.

⁵ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 531; ver también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

rango de derechos fundamentales y cuáles deben ser considerados derechos secundarios, derechos que pueden pactar entre sí los particulares o simples aspiraciones sociales o morales no respaldadas por la fuerza del sistema jurídico?

3. *Derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos*

Otra cuestión de orden conceptual tiene que ver con la denominación misma de “derechos fundamentales” que se ha elegido para el título de este libro y para el resto de su contenido. Creo que es importante justificar la elección del término, así como explicar por qué no se optó por otro más clásico como el de “garantías individuales y sociales” o uno más extendido y conocido como el de “derechos humanos”.

Los conceptos de “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Desde luego, es la Constitución la que utiliza, en el encabezado de su primera parte, el término “garantías individuales”, al que se apega la mayor parte de la doctrina mexicana.⁶

Sin embargo, no lo consideramos el más adecuado, porque como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.⁷ Luigi Ferrajoli señala que “garantía es una expresión del léxico jurídico

6 Hay en la doctrina nacional algunas confusiones conceptuales cuando se intenta distinguir entre los términos citados; me parece que es lo que sucede con la exposición que se hace en la obra de Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 177 y ss. Este autor afirma lo siguiente al intentar distinguir entre los derechos del hombre y las garantías individuales: “Los derechos del hombre se traducen sustancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consustanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la *consagración jurídico-positiva* de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el *contenido parcial* de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro” (p. 187).

7 Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 273 y 283, entre otras.

con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.⁸

Si quisiéramos utilizar un símil de derecho privado, podríamos decir que no es lo mismo el contenido de una obligación (por ejemplo la obligación de entregar un bien objeto de un contrato de compra-venta) que la garantía mediante la cual las partes acuerdan hacer efectiva esa obligación en caso de incumplimiento. De hecho, en el derecho privado existen diversos tipos de garantías que se establecen para asegurar el cumplimiento de una obligación; hay garantías reales (prenda, hipoteca) y garantías personales (fianza, aval);⁹ cuando llamamos garantías individuales a los derechos fundamentales es como si en el derecho privado se confundiera la obligación surgida del contrato con la hipoteca que se constituye para garantizar su cumplimiento.

Ha sido precisamente Luigi Ferrajoli quien con mayor agudeza ha explorado los alcances del concepto de “garantía”, partiendo de la idea de que no es lo mismo que un derecho fundamental.

Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.¹⁰

La confusión entre los derechos fundamentales y las garantías individuales ha alcanzado también a la jurisprudencia, como puede verse en la siguiente tesis, bien expresiva de la falta de coherencia terminológica con la que se suele abordar la cuestión:

⁸ Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 40.

GARANTÍAS INDIVIDUALES. No son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional para salvaguardar éstos. Las garantías individuales que se encuentran consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son la del debido proceso y la de fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, como su nombre lo indica, garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes, siendo éstos, los derechos fundamentales del gobernado, entre otros; es decir, las garantías individuales, no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia norma fundamental del país, para salvaguardar tales derechos. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, octubre de 1996, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis I. 6°.C.28 K, p. 547.

Llegados a este punto, el lector podría perfectamente hacerse la siguiente pregunta: ¿si por todas las razones que se han dado no es aconsejable o adecuado recurrir al concepto de “garantías individuales” para denominar a nuestro objeto de estudio, por qué no utilizar el término, tan común y aceptado, de derechos humanos? Los derechos humanos no deben ser confundidos con los derechos fundamentales. Son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de *grundrechte* adoptada por la Constitución de ese país en 1949.¹¹

Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen muy buenas razones en su favor, serían también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados “derechos morales”.¹² Como escribe Antonio E. Pérez Luño,

¹¹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 29. Ver también Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEP, 1999, pp. 23-53.

¹² Para un primer acercamiento al tema, Cruz Parcer o, Juan Antonio, “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001, pp. 55-79.

En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término “derechos humanos” aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”. Los *derechos humanos* suelen venir entendidos como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*.

Los derechos humanos aúnan —sigue diciendo Pérez Luño—, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.¹³

Las fronteras conceptuales de los derechos humanos son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales. Quizá por esa razón es por la que sobre los derechos humanos han escritos muchas páginas (algunas muy buenas) los sociólogos, los economistas, los politólogos, los filósofos, etcétera, pero sobre derechos fundamentales —hasta donde tengo noticia— generalmente escriben los juristas. Autores paradigmáticos en sus campos de conocimiento y con vasta influencia sobre la ciencia jurídica, como John Rawls o Jürgen Habermas, cuando hacen referencia en sus textos a “libertades básicas”, “derechos o bienes primarios” o “derechos fundamentales”, lo hacen sin tener en cuenta lo que efectivamente dice la Constitución de su país o de cualquier otro Estado. Y hacen bien, porque desde su perspectiva científica pueden adoptar enfoques más amplios que los que se utilizan en la ciencia jurídica. Sus aportaciones son del mayor valor para quienes nos situamos en una óptica constitucional, pues con frecuencia someten nuestros razonamientos a fuertes presiones argumentativas y nos obligan a redoblar o, en su caso, corregir nuestros puntos de vista.

Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*.

¹³ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 46 y 47.

Pérez Luño pone un ejemplo que refleja con nitidez la diferencia entre el uso que le damos al concepto de derechos humanos y el que corresponde a la noción de derechos fundamentales: habría un amplio consenso en considerar que en el régimen del *apartheid* en Sudáfrica o en la dictadura de Pinochet en Chile se violaban “derechos humanos”; sin embargo, de acuerdo con el sistema jurídico de esos países, la detención sin causa o la segregación racial no eran actos violatorios de “derechos fundamentales”.¹⁴ Esos dos regímenes (y muchos otros que se han visto y se siguen viendo en tantos países) podrían ser denunciados como “violadores de derechos humanos”, pero no como violadores de “derechos fundamentales” en tanto que sus ordenamientos jurídicos internos no reconocían como tales una serie de derechos que a nosotros nos pueden parecer esenciales desde cualquier punto de vista.

Lo anterior no significa, desde luego, que en el estudio de los derechos fundamentales los juristas no deban tener en cuenta las perspectivas y argumentos que ofrecen otras ciencias sociales; por el contrario, una perspectiva multidisciplinaria es muy recomendable para el estudio de los derechos fundamentales, siempre que se tenga presente que nuestra base metodológica tiene que partir de razonamientos y premisas estrictamente jurídicos.

A lo largo de los capítulos que conforman este libro se hará referencia a los derechos fundamentales o simplemente a los derechos. Ahora bien, en algunas ocasiones no estaremos limitándonos a exponer los derechos que están contemplados en el texto constitucional y en las demás fuentes normativas que los establecen, sino que incluiremos reflexiones sobre otro tipo de expectativas, que sin ser derechos fundamentales en el sentido técnico-jurídico del término, podrían llegar a serlo en el futuro. Hay que recordar que el catálogo de derechos que puede haber en un texto constitucional o en los tratados internacionales no es un universo cerrado, impermeable a las nuevas necesidades. Por el contrario, si las condiciones sociales o políticas exigen que nuevas exigencias o necesidades pasen a engrosar la lista de los derechos fundamentales, mal harían los encargados de reformar la Constitución si no atienden a esa necesidad. Esto es lo que justifica que más adelante hagamos alusión a los derechos al agua y a la alimentación, o al derecho a la renta básica.

4. *¿Qué es un derecho fundamental?*

¿Cómo definir a un derecho fundamental? No se trata, desde luego, de una cuestión sencilla. Como lo señala Carlos Bernal,

¹⁴ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.¹⁵

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental.¹⁶ Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en “normas de derecho fundamental”, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.¹⁷ Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, de una parte, por la titularidad de derechos que asigne una norma; así, por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. De otra parte, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así, el derecho a la vida, por poner un ejemplo, podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

También podrá resultar variable el tipo de relación jurídica de derecho fundamental dependiendo del objeto que busque proteger un derecho fundamen-

¹⁵ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, p. 75.

¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002 (3a. reimpresión), p. 63.

¹⁷ Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 77. La distinción entre “disposición” y “norma” puede verse en Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 15 y ss.

tal; veamos un caso: si el objeto es la libertad del sujeto activo, es probable que la relación jurídica implique para el sujeto pasivo un deber de abstención, una conducta omisiva, que no lesione la libertad del sujeto activo. Puede resultar también que si el objeto del derecho es la igualdad, se requiera del sujeto pasivo una conducta activa, por ejemplo para prestar el servicio público de salud, para construir viviendas o para impedir que unos particulares discriminen a otros en el acceso al transporte por carretera.

Tomando en cuenta lo anterior y considerando la pluralidad de conceptos y definiciones que existen de los derechos fundamentales, quizá lo mejor sea ofrecer solamente la que nos permita comprender después el significado de los derechos dentro del sistema jurídico mexicano. Una de las mejores definiciones que se han realizado de los derechos fundamentales es la de Luigi Ferrajoli; tiene la ventaja de que, al tratarse de un concepto construido desde premisas de teoría del derecho, puede ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico positivo, y además resulta útil para comenzar a plantear algunos de los problemas que, ya no en la teoría sino en la práctica, tienen actualmente los derechos (por ejemplo en cuanto a su titularidad).

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.¹⁸ El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

De esta definición conviene destacar tres elementos clave: se trata de *a)* derechos subjetivos; *b)* que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas, y *c)* que pueden estar restringidos por no contar con el estatus de ciudadano o de persona con capacidad de obrar.

Vamos a examinar brevemente algunos aspectos de los elementos que componen el concepto de Ferrajoli. Antes, sin embargo, hay que recordar que se trata de una definición cuyo criterio de análisis es de teoría del derecho y que, por tanto, deberá ser complementado con los datos que proporciona la dogmática jurídica para estar en condiciones de saber, dentro de un ordenamiento constitucional determinado, cuáles son los derechos fundamentales.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

Es importante tener presente lo anterior porque el concepto de Ferrajoli hace referencia de lo que podríamos llamar “el contenido” de los derechos (un derecho subjetivo, su asignación universal, su restricción en algunos casos para los no ciudadanos o para quienes no tienen capacidad de obrar, etcétera), pero no señala que el carácter de fundamental de un derecho proviene —repito: desde el punto de vista de la dogmática jurídica— también de la fuente jurídica que lo establece (normalmente la Constitución o los tratados internacionales, como veremos al hacer referencia a “las fuentes de los derechos fundamentales”), lo cual tiene importantes repercusiones prácticas para su tratamiento normativo (por ejemplo, los derechos participan de la supremacía constitucional, no son disponibles para el legislador, requieren de una especial forma de interpretación constitucional, están sujetos a un cierto procedimiento especial de protección, etcétera) y también, desde luego, para su análisis teórico.

Ferrajoli defiende el sentido de su definición argumentando, desde mi punto de vista con toda razón, que se trata de una definición realizada a partir de las premisas de la teoría del derecho y que, por lo tanto, se trata: *a)* de una definición *estipulativa*, ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos allí tutelados como fundamentales, y *b)* de una definición *formal*, esto es, dirigida a identificar los rasgos estructurales que, en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean sus contenidos.¹⁹

En los siguientes apartados analizamos algunas de las partes que conforman el concepto de derecho fundamental de Ferrajoli, haciendo referencia al tema de la universalidad de los derechos, a la ciudadanía y a la capacidad de obrar como requisitos para ser titular de un derecho o para poder ejercerlo; también estudiaremos la historicidad y la especificación de los derechos, que aunque no están señaladas por Ferrajoli dentro de su definición, tienen gran importancia para poder tener una visión amplia y comprensiva del concepto de derecho fundamental.

Habiendo tocado esos temas, pasaremos a ofrecer un breve elenco de las teorías de los derechos fundamentales, tomando como base un conocido ensayo de Ernst-Wolfgang Böckenförde. A la exposición de las teorías seguirá una clasificación estructural de los derechos fundamentales, que nos será útil para saber qué significa concretamente el hecho de que digamos que una norma constitucional nos asigna un *derecho subjetivo* cuando nos hace titulares de un

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 290.

derecho fundamental. Contando con el bagaje de haber revisado los posibles enfoques desde los que se pueden estudiar los derechos fundamentales, los componentes del concepto de Ferrajoli, las principales teorías que explican los derechos y la clasificación estructural de los mismos estaremos en capacidad de comenzar a contestar la pregunta de ¿cuáles son en México los derechos fundamentales?

A. La universalidad de los derechos

La universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos distintos puntos de vistas.

El primer punto de vista es desde la teoría del derecho y atendiendo a la definición que nos ofrece Ferrajoli de derecho fundamental, la universalidad tendría que ver con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos. Si su forma de redacción permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas: lo importante es que esté adscrito a *todas las personas* que tengan la calidad establecida por la norma), entonces estamos ante un derecho fundamental. Si por el contrario una norma jurídica adscribe un derecho solamente a una parte de los miembros de un grupo, entonces no estamos frente a un derecho fundamental sino ante un derecho de otro tipo.

A partir de esa distinta forma de asignación del derecho, el propio Ferrajoli distingue entre los derechos fundamentales (asignados universalmente a todos los sujetos de una determinada clase) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de los demás); así, la libertad de expresión, al ser reconocida constitucionalmente como un derecho de *toda persona*, sería un derecho fundamental; mientras que el derecho patrimonial sobre mi coche (derecho que comprende la posibilidad de usarlo, venderlo, agotarlo y destruirlo) excluye de su titularidad a cualquier otra persona.²⁰ En palabras del autor:

Los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos “universales” (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, cit., pp. 45 y ss.

para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás... Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica... Los otros son exclusivos, es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica.²¹

Siguiendo desde la misma perspectiva de teoría del derecho hay que distinguir, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos.²² La primera consiste “en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”, con independencia de un título adquisitivo.²³ Los destinatarios (en cuanto que obligados 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 Alexy, hay que diferenciar los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer 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; una muestra 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 caso de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación.

El segundo punto de vista es político, pues aparte de la perspectiva de teoría del derecho, que es la que se acaba de explicar de forma muy resumida, la universalidad de los derechos debe también ser contemplada desde una óptica política, a partir de la cual dicha característica supondría la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren deberían tener al menos el mismo nú-

²¹ *Ibidem*, p. 46.

²² Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000, pp. 24-26.

²³ 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 ventaja “de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios”, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *cit.*, p. 25.

cleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos. Desde luego, la forma en que ese núcleo básico podría plasmarse en los distintos ordenamientos jurídicos no tiene que ser uniforme para ser acorde con los principios de justicia; la historia, cultura y pensamiento de cada pueblo o comunidad puede agregar, y de hecho históricamente ha agregado, una multiplicidad de matices y diferencias al conjunto de derechos fundamentales que establece su respectiva Constitución. En palabras de Konrad Hesse, “la validez universal de los derechos fundamentales no supone uniformidad... el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos”.²⁴

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”.²⁵ Que no sean alienables o negociables significa, en otras palabras, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular), como pasiva (puesto que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado).²⁶

La no disponibilidad activa solamente supone que el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos, lo cual no implica que se le impida renunciar a ejercer uno o varios derechos de los que es titular o que no pueda renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando hayan sido violados.

²⁴ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 85.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 39. El propio Ferrajoli afirma que “en caso de que se quiera tutelar un derecho como ‘fundamental’, es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo”, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 292.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 47. Ver, en referencia al criterio de no disponibilidad de los derechos fundamentales de Ferrajoli, las observaciones de Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 61 y 62.

Es decir, un sujeto puede perfectamente renunciar a ejercer su libertad de expresión y quedarse callado durante toda su vida, de la misma forma que puede renunciar a su derecho a la intimidad y aparecer en televisión contando toda clase de sucesos pertenecientes a su vida privada (como suele pasar en la actualidad con muchas personas que buscan de esa manera sus quince minutos de fama); esas renunciaciones no significan, sin embargo, que una persona deje de ser titular del derecho, ya que esa capacidad de ser titular la asigna incondicionalmente el ordenamiento jurídico y no se puede renunciar a ella. Por otro lado, tampoco se resquebraja la no disponibilidad activa por el hecho de que una persona decida, frente a la violación de uno de sus derechos fundamentales, no ejercer ninguno de los medios de tutela que establece el sistema jurídico para reparar esa violación; ésta puede permanecer incluso con el concurso de la voluntad del afectado, sin que por ello sufra una merma la no disponibilidad activa del derecho fundamental.

En los tiempos actuales, las características mencionadas de no negociabilidad y no alienabilidad 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; al no ser alienables ni disponibles los derechos se convierten en un verdadero “coto vedado”, para usar la expresión de Ernesto Garzón Valdés.²⁷ Lo anterior implica, por ejemplo, que no se puede vender la propia libertad de tránsito o las garantías que tiene todo individuo en el proceso penal.

Los derechos fundamentales, tomando en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental. Para decirlo en palabras de Ronald Dworkin, “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”;²⁸ en el mismo sentido, Robert Alexy señala que “El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar

²⁷ Garzón Valdés, “Representación y democracia”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644 y ss. Del mismo autor es importante consultar también su obra *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós, UNAM, 2000.

²⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

el campo de decisión de aquélla...”.²⁹ Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.

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”.³⁰ Como recuerda Bobbio, con la Declaración de 1948 se inicia una 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”.³¹

A partir de la Declaración de 1948 los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de ese nuevo derecho, antes reservado solamente a la actuación de los Estados y no de los individuos, en la medida en que tienen asegurado un estatus jurídico supranacional; incluso, bajo ciertas circunstancias, pueden acceder a una jurisdicción internacional para el caso de que consideren violados sus derechos. Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados exclusivamente domésticos adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos —como en tantos otros aspectos— vivimos en la era de la interdependencia.

²⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 412.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 397 y ss.

³¹ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, pp. 23 y 24.

Universalidad y globalización

La ciencia del derecho constitucional (y dentro de ella la teoría de los derechos fundamentales) no puede seguir operando sobre la (pre)suposición de que su único referente territorial es el “Estado-nación”.³² La globalización, ese fenómeno complejo y muchas veces poco entendido, tiene un impacto indudable en las funciones que desarrolla el Estado constitucional. Una teoría de los derechos fundamentales que no se haga cargo de que la atmósfera natural del constitucionalismo (que es el Estado-nación) está atravesando por una etapa de cambio profundo, será una teoría necesariamente incompleta y miope. La globalización no tiene significados meramente mercantiles o comerciales; por el contrario, contiene implicaciones y consecuencias de primera magnitud para el derecho en general³³ y para el Estado constitucional en concreto: para la división de poderes, para la forma de ejercer el control de constitucionalidad, con respecto a la concepción y protección de los derechos fundamentales, sobre la distribución territorial del poder, sobre los emergentes poderes privados carentes hasta ahora de regulación, etcétera.³⁴

No se trata, hasta donde alcanzo a ver, de prescindir de la forma de organización basada en los Estados nacionales, sino más bien de comprender que el Estado se enfrenta a nuevos retos y que, en esta etapa, le toca jugar un papel distinto al que ha tenido hasta ahora asignado (o autoasignado).³⁵ El Estado no desaparece pero la centralidad que ha venido ocupando en los últimos siglos se ve desplazada en favor de un movimiento en una doble dirección: el Estado se ve desplazado por instituciones supranacionales que se encargan de proteger los derechos que van más allá de las fronteras (los medioambientales, por ejemplo) o cuya tutela concierne no a un régimen político en lo particular, sino a dispositivos institucionales de carácter supranacional (la prevención o el castigo del genocidio, el *apartheid*, las segregaciones masivas, etcétera), pero también se ve rebasado por las administraciones locales, por las autoridades municipales, regionales o de barrio, que se encuentran cerca del ciudadano y

³² Ver las observaciones de Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, trad. de Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco, México, IIJ-UNAM, 2001.

³³ Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

³⁴ Ver Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.

³⁵ Sousa, Boaventura de, *Reinventar el Estado. Reinventar la democracia*, Madrid, Sequitur, 1999; Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.

adquieren un papel protagónico en el diagnóstico y solución de los problemas más inmediatos.

El Estado nación se ve rebasado en ambas direcciones (hacia arriba y hacia abajo) y queda a cargo de los enlaces entre los dos nuevos niveles relevantes de gobierno. Una de esas direcciones parece dar cuenta del *proyecto cosmopolita*, que entiende que frente a la globalización de la economía y a la transnacionalización de los retos para el futuro (y el presente) de la humanidad, hay que responder con un pensamiento y una acción política que de la misma forma sea capaz de rebasar las fronteras y ponerse frente a los nuevos poderes;³⁶ por otro lado, el movimiento *hacia abajo* estaría en la línea de dar cobertura a los movimientos reivindicadores de la identidad, pues entienden que es necesario mantener vivas algunas tradiciones y que la mejor forma de convivencia es la regida por el autogobierno.

Por supuesto, se trata de un modelo en ciernes, que habrá de ser discutido y precisado, examinando caso por caso y no creando recetas generales que simplemente no pueden dar cuenta de una realidad compleja y abigarrada que es con la que tienen que operar nuestros contemporáneos Estados nación.

Una propuesta muy seductora e inteligente es la que ha construido Luigi Ferrajoli sobre la posibilidad de avanzar hacia un constitucionalismo mundial (o global, como se prefiera).³⁷

Frente a la globalización, el pensamiento jurídico “parece estar ante el desafío de encontrar alternativas para el agotamiento paradigmático de sus principales modelos teóricos y analíticos, pues tal es la intensidad del impacto producido por todas esas transformaciones en sus esquemas conceptuales, en sus presupuestos epistemológicos, en sus métodos y en sus procedimientos”.³⁸

Desde luego, la globalización tiene impacto también en las teorías de los derechos fundamentales; así pues, en el contexto actual los ordenamientos constitucionales deben tener cláusulas de apertura hacia el derecho internacional o hacia el derecho de otros países; incluyendo entre ellas, por ejemplo, las reglas de recepción y ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En buena medida, el postulado de la universalidad de los derechos nos obliga a reflexionar sobre el sentido de la globalización. Si los derechos son en verdad universales en el sentido de pretender tutelar universalmente a todas las

³⁶ Archibugi, Daniele (ed.), *Debating Cosmopolitics*, Londres, Verso, 2003.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell y Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, cit., pp. 313 y ss.

³⁸ Faria, *El derecho en la economía globalizada*, cit., p. 13.

personas, entonces se hace necesario construir instituciones globales para hacer realidad ese postulado.

B. *Ciudadanía y capacidad de obrar*

La definición que Ferrajoli hace de “derecho fundamental” incluye tres distintos estatus que sirven para la determinación de los titulares de esos derechos: persona, ciudadano y persona con capacidad de obrar. Habiendo examinado otros aspectos del concepto de Ferrajoli, toca ahora hacer alguna mención sobre los mencionados estatus.

Sobre el de persona no hace falta abundar mucho. Uno de los grandes avances de la modernidad jurídica ha consistido en no hacer depender la asignación de los derechos del cumplimiento de ningún requisito; es decir, basta con ser persona —y no es muy difícil saber cuándo estamos frente a un ser humano y cuando frente a otro tipo de ser— para que sin ningún otro requisito se nos reconozcan una serie de derechos.

En realidad, donde puede haber mayor discusión y debemos por tanto realizar un análisis más detenido es en el caso de los otros tipos de estatus que sirven para la determinación de la titularidad de los derechos fundamentales: la ciudadanía y la capacidad de obrar. A eso se dedican los siguientes apartados. En ellos se ofrece una visión de orden teórico y general; la regulación concreta que existe en México sobre ambos conceptos será expuesta en un apartado posterior dedicado al análisis de la titularidad de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.

a. Ciudadanía

El tratamiento teórico de la temática en torno a la ciudadanía ha experimentado una verdadera explosión en los últimos años. Las razones para ello son variadas. Unas nuevas y otras no tanto. Entre las nuevas se encuentran el creciente componente multicultural que se presenta en los países de la Unión Europea, el fenómeno de las migraciones masivas, el resurgimiento de los movimientos nacionalistas, la crisis del Estado benefactor y su parcial desmantelamiento a partir de los años ochenta, los conflictos étnicos, etcétera.³⁹

³⁹ Kymlicka, Will y Norman, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997; Kymlicka, Will y Norman, Wayne, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en Kymlicka, Will y Norman, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000. Danilo Zolo ha recordado que la temática de la ciudadanía sirve para

La ciudadanía es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional; tal adscripción se lleva a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela. A partir de ella se ha construido la distinción entre “ciudadanos” (o “nacionales” en un sentido más amplio) y extranjeros. Para el objeto de estudio de este libro conviene recordar que del concepto de ciudadanía ha derivado también una diversa titularidad de derechos y de deberes: una serie de derechos y deberes para los ciudadanos y una serie distinta —menor— de derechos y de deberes para los extranjeros.

Actualmente, con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento. Danilo Zolo ha subrayado, con acierto, que “los derechos de ciudadanía implican una presión hacia la desigualdad”,⁴⁰ lo cual había sido ya percibido, desde sus propias coordenadas sociológicas, en el célebre y conocido ensayo de T. H. Marshall *Ciudadanía y clase social* publicado en 1950, en el que se apuntaba cómo la ciudadanía “se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legítima”.⁴¹

La distinción entre ciudadanos y no ciudadanos para efectos del reconocimiento de los derechos fundamentales en los hechos ha producido lo que Jürgen Habermas llama “el chauvinismo del bienestar” en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los crecientes flujos migratorios que se están produciendo desde los países del Tercer Mundo hacia los países desarrollados; esto ha llevado a algunos autores a denunciar el escándalo que supone el hecho de que “la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos... que sin embargo son condicionados hoy en no pocos países a un trámite administrativo (los ‘papeles’), por importante que

analizar la tensión hoy existente entre: a) la tutela de los derechos subjetivos garantizada por el Estado a sus propios ciudadanos, con exclusión de los extranjeros; b) el carácter inclusivo y tendencialmente universal de esos derechos; c) la tutela de las minorías étnico-culturales al interior de los Estados nacionales, y d) los procesos de globalización que hacen depender cada vez con mayor fuerza el disfrute efectivo de los derechos subjetivos de las posibilidades de su tutela internacional; Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en Zolo, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 4. Del mismo autor, “Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico”, *Filosofia Politica*, XIV, núm. 1, abril de 2000.

⁴⁰ Zolo, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997, p. 127.

⁴¹ Marshall, T. H., “Ciudadanía y clase social”, en Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 21 y 22.

éste sea”.⁴² En la misma línea, Danilo Zolo afirma que la contestación en forma de expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, por parte de las “ciudadanías amenazadas” por la presión migratoria, “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.⁴³

Desde luego, los Estados que utilizan como escudo o pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los inmigrantes o en general a los no nacionales, están legislando no solamente en contra de la universalidad de los derechos fundamentales, sino sobre todo en contra de la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros ya no existen en la actualidad. Javier De Lucas señala que la dicotomía ciudadano/extranjero se asienta sobre dos supuestos: la construcción del Estado nacional y la homogeneidad social derivada de la coyuntural (esporádica y aún limitada en el tiempo) presencia del extranjero en la composición social.⁴⁴ Hoy ninguno de esos dos supuestos se mantiene incólume.

El Estado nacional, como modelo cuando menos, ya no se encuentra en fase de construcción. Por el contrario, habría algunos datos que nos podrían hacer pensar que se encuentra más bien en fase de desaparición o de profunda transformación. Dentro del propio ámbito de las instituciones públicas asistimos a un desfondamiento del Estado en una doble dirección: hacia arriba, con la transferencia de poder hacia instituciones supranacionales (Unión Europea, tratados de libre comercio, uniones regionales como el Mercosur, tribunales internacionales, mecanismos de arbitraje comercial transnacional, etc.), a menudo sustraídas de los pertinentes controles democráticos y parlamentarios, lo cual ha hecho asomar lo que Habermas llama “agujeros de legitimidad”.⁴⁵ Hacia abajo a través de las diversas tensiones centrífugas, nacionalistas, secesionistas o independentistas, que lo ponen en cuestión.⁴⁶

Por otra parte, el Estado se ha visto asediado por infinidad de poderes privados y semiprivados que, actuando no siempre desde la legalidad, han ido mi-

⁴² Lucas, Javier de, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en Lucas, Javier de (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 265.

⁴³ Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, *cit.*, p. 42.

⁴⁴ Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 135.

⁴⁵ Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 96.

⁴⁶ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, *cit.*, p. 150.

nando su campo de actividades y han puesto en riesgo tanto su legitimidad como su capacidad de mantener el monopolio de la violencia.

Pero todos estos fenómenos emergentes no pueden suponer que el Estado ya no sea necesario o que su presencia sea incompatible con la universalidad de los derechos. Al contrario. Hoy en día el Estado es el único referente cierto de lo que pudiera ser el “interés general”, además de ser el primer obligado al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales. La construcción universal de los derechos se hará contando con el Estado, a partir de él y no contra él. La debilidad del Estado es, de alguna forma, la debilidad del propio sistema de los derechos. Lo que hace realmente falta es que el Estado deje de determinar a los sujetos titulares de los derechos con base en la noción de ciudadanía y que se transforme para asumir en esta “era de la globalización” un papel diferente al que ha tenido desde su nacimiento. El argumento contra la ciudadanía como categoría discriminatoria no debe verse como un argumento contra el Estado nacional sin más, sino como una llamada de atención acerca de la imposibilidad de mantener los presupuestos que despliegan y las funciones que llevan a cabo actualmente los Estados sobre la base de ese concepto.

Por lo que hace a la idea de la homogeneidad social, étnica y cultural basta para ponerla en cuestión el dato de la ONU, recogido por Will Kymlicka, de que en los casi 190 Estados del mundo, coexisten unos 600 grupos de lenguas vivas y 5,000 grupos étnicos.⁴⁷ Se calcula que en los Estados Unidos, por mencionar un ejemplo que nos queda cercano, hay casi 30 millones de hispanos; para el año 2050 uno de cada cuatro norteamericanos será de origen hispano. Los flujos migratorios, legales e ilegales, son una constante en los inicios del siglo XXI y no hay dato alguno que permita suponer que se van a detener en los próximos años, sino al contrario dado que existen las condiciones objetivas para que se incrementen en el futuro inmediato.

Lo más seguro es que la imagen de homogeneidad social en la que se basó en el pasado la construcción de los Estados nacionales no fuera más que una excesiva idealización que no parecía tener demasiado respaldo sociológico. Si bien es cierto que a nivel retórico el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones “de sangre”, un pasado compartido, etcétera, a nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la creación de los actuales Estados nacionales.⁴⁸ De hecho, es posible que esa serie de

⁴⁷ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

⁴⁸ Ferrajoli escribe: “No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo XIX (o incluso de hoy) existieran vínculos pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de común lealtad política— idóneos para conjuntar campos y ciudades, cam-

vínculos prepolíticos no exista ni siquiera hoy en día. Basta mirar, para comprobarlo, la realidad tan diversa que existe dentro de Estados como España, Canadá, Italia, entre otros. Y lo mismo puede decirse de México, donde bajo la misma “identidad nacional” conviven (algunos, pocos) megamillonarios del norte con (muchos) indígenas desnutridos del sur; con seguridad se parecen más los primeros a sus homólogos estadounidenses o ingleses —en sus valores, en sus actitudes frente a la vida, en sus lealtades y en sus sentidos de pertenencia— que a sus connacionales pobres. Como tantas otras cosas, la “identidad nacional”, para efectos de la creación y reconocimiento de la ciudadanía, parece ser poco más que una ficción.

Para atemperar la distancia, por lo menos desde el punto de vista jurídico, que existe entre los ciudadanos y los extranjeros, quizá podría recuperarse el sentido del artículo 4o. de la Constitución francesa de 1793, recordado por Habermas, que disponía que el estado de ciudadanía (no solamente la nacionalidad sino también los derechos de ciudadanía activa) se otorgaba a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia.⁴⁹

Esto encuentra plena justificación si se entiende, como lo hace el mismo Habermas, que “El *status* de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material”.⁵⁰ Esto quiere decir, simplemente, que todos los habitantes adultos de un Estado, sean o no ciudadanos, deben tener la capacidad jurídica —esto es, atribuida por el ordenamiento— de concurrir a la vida política de ese Estado; concretamente, participando en las formas democráticas que permiten la toma de decisiones: pudiendo, por tanto, votar y ser votados.

pesinos y burgueses... en suma, que existiera, a nivel social, una homogeneidad social mayor de la que hoy en día existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo”, Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti fondamentali?”, en Vitale, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000, p. 114 .

⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 637. En sentido parecido, Bovero afirma —recuperando un argumento de Kelsen— que “los derechos de ‘ciudadanía política’, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”; Bovero, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 24; del mismo autor, sobre el tema, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001, pp. 5-23.

⁵⁰ Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 626.

Además, si es cierto que la homogeneidad social ha dejado de ser —suponiendo que alguna vez lo haya sido— la nota edificante de la distinción entre ciudadanos y extranjeros, y si en consecuencia se acepta que la convivencia futura de un número importante de grupos sociales va a estar marcada por el pluralismo social y étnico, se hace más necesario derrumbar el mito de la ciudadanía y acoger ese pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca, en condiciones de igualdad, derechos fundamentales para todos; como indica Ferrajoli, “las Constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a garantizar”.⁵¹

En suma,

la exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales: (es) alcanzar —sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías— un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como *status* privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal.⁵²

La ciudadanía como *status* necesario para ser titular de los derechos fundamentales se revela en toda su crudeza cuando se opone a los inmigrantes (legales o ilegales), a los refugiados y a los apátridas.

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 sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La figura del refugiado, como apunta Javier de Lucas, “constituye, hoy, probablemente, la cara más miserable de la exclusión”. 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

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti fondamentali?”, *cit.*, p. 115.

⁵² Ferrajoli, *Derechos y garantías*, *cit.*, p. 119. En el mismo sentido de Ferrajoli y Habermas, Javier de Lucas apunta que “Vetar el acceso a la condición de miembro de la comunidad constituyente, sujeto de voz y voto en el espacio público, a quienes llegan después y se caracterizan por diferencias vinculadas a determinados grupos sociales (a identidades de origen), privarles del poder de decisión sobre el acuerdo previo, sobre el establecimiento de valores comunes y reglas de juego, sobre el establecimiento de la regla de la ley, del derecho, es incompatible con las exigencias de una democracia plural”, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *cit.*, p. 268.

la universalidad de los derechos y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía y soberanía.

Es, por el contrario, a los refugiados a los que más tendrían que proteger los derechos humanos “universales”, puesto que, en palabras de De Lucas,

quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón... deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, pues, si éstos son los derechos universales, los del hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene nada más que su condición de hombre, de refugiado.⁵³

En este contexto, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. 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 los inmigrantes y hacia los que quieran obtener asilo, como condición primera para lograr luego un total reconocimiento de su estatus como personas con plenos derechos.

Ferrajoli recuerda que, de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 —que dispone el derecho de todo individuo de abandonar cualquier país, incluyendo el suyo—, habría una base normativa suficiente para derivar la prohibición para los Estados (para todos) de impedir la emigración, así como la correlativa obligación de la comunidad internacional de acoger a los inmigrantes al menos en uno de sus Estados.⁵⁴ La disposición del artículo 13 de la Declaración sería incompatible con las ac-

⁵³ Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras*, cit., p. 209.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 175.

tuales leyes de inmigración y extranjería que limitan la recepción de inmigrantes, aunque dicha antinomia no puede resolverse en la medida en que existe una laguna en el ordenamiento jurídico internacional para exigir el cumplimiento del deber de recepción de los Estados.

A la luz de las anteriores consideraciones es obvio que se impone una reflexión de fondo sobre el sentido que hoy en día debe tener la ciudadanía como categoría de determinación de la titularidad de los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, es necesario avanzar hacia la superación de la visión estatalista de los derechos y crear formas de adscripción y tutela de los mismos que puedan ir más allá de las fronteras y de las pertenencias nacionales.

b. Capacidad de obrar

La determinación de la capacidad de obrar como estatus de asignación de los derechos fundamentales se genera solamente por vía negativa. Es decir, como regla general la Constitución debe partir de la premisa de que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen la capacidad necesaria para ser titulares de los derechos fundamentales y para ejercerlos por sí mismos. En algunos supuestos muy concretos, se puede perder la capacidad de obrar cuando medie una sentencia judicial que puede declarar que, en un momento determinado, una persona ha perdido la capacidad para ser titular de ciertos derechos o para ejercerlos por sí mismo.

Las limitaciones a los derechos fundamentales por razón de incapacidad pueden darse, en consecuencia, solamente en el caso de que exista una declaración judicial que así lo determine respecto de una persona.

Fuera del supuesto mencionado, los ordenamientos jurídicos suelen restringir la capacidad de ser titular de algunos derechos o la capacidad de una persona para ejercerlos por sí mismo en razón de no haber alcanzado cierta edad. Así por ejemplo, se suele exigir haber cumplido una determinada edad para alcanzar la ciudadanía; solamente a partir de que se es ciudadano se puede ser titular de los derechos de sufragio activo y pasivo. Para ocupar algunos cargos públicos también se puede requerir haber alcanzado cierta edad (en México, para ser ministro de la Suprema Corte o presidente de la República la Constitución exige que se hayan cumplido 35 años).

Ya no en la Constitución pero sí en la legislación ordinaria, se establecen algunas limitaciones para el ejercicio de ciertos derechos de carácter patrimonial por parte de los menores de edad. Esto significa que la legislación suele restringir el ejercicio de la autonomía de la voluntad, en razón de que se considera que los menores pueden ser engañados o defraudados con mayor facilidad en el trá-

fico mercantil. En esa virtud, las leyes pueden exigir que algunos actos de la autonomía de la voluntad deban ser ejercidos por quien ostenta la patria potestad o la tutela, sin reconocer efectos jurídicos a los actos llevados a cabo exclusivamente por los menores.

Tanto en el caso de la capacidad de obrar como en el caso de la ciudadanía, debemos mantener una perspectiva histórica abierta para comprender que los estatus de asignación de la titularidad de los derechos fundamentales, que más o menos han sido los mismos en los últimos siglos, han ido cambiando sin embargo su significado y extensión de forma muy importante en los últimos años y, en principio, no hay razones de fondo para suponer que no puedan seguir evolucionando en el futuro. Como escribe Ferrajoli,

lo que ha cambiado con el progreso del derecho no han sido los criterios de la personalidad, de la capacidad de obrar y de la ciudadanía, en que se funda la atribución de los derechos fundamentales, sino únicamente el significado extensional de dichos *status*: de la personalidad, negada a los esclavos en los ordenamientos arcaicos que admitían la esclavitud y ahora extendida, desde hace tiempo, a todos los seres humanos; de la capacidad de obrar, tanto civil como política, largamente negada y hasta hace poco limitada en base al sexo, la religión, la instrucción y la renta, y hoy extendida a todas las personas mayores de edad que no sean enfermos mentales; de la ciudadanía, afirmada como factor de desigualdad y de inclusión con el nacimiento del moderno Estado de derecho, aunque siempre vinculada a sus confines estatistas como último factor de diferenciación de los seres humanos por un accidente de nacimiento.⁵⁵

C. *Historicidad*

Para comprender el significado contemporáneo de los derechos fundamentales, además de hacer referencia a su universalidad y al tema de la ciudadanía y la capacidad de obrar como requisitos para ser titular de alguno de estos derechos, conviene mencionar también dos aspectos complementarios, pero absolutamente importantes. Me refiero a la historicidad de los derechos y a la especificación de los mismos.

Con respecto a la historicidad se puede afirmar que los derechos no son entidades que siempre hayan estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad, ni representan tampoco algo así como la manifestación de la “esencia humana”. Los derechos, como ha explicado Norberto Bobbio, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las

⁵⁵ *Ibidem*, p. 157.

sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas.

Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son su signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento —sin negar los avances evidentes que se han sucedido— todavía permanece inalcanzado. Son un “signo de los tiempos”, como diría Norberto Bobbio; de los tiempos actuales, pese a que junto al aumento de las preocupaciones y de las ocupaciones en torno a los derechos, se han producido en los años recientes y se siguen produciendo en la actualidad las más horribles e impensables violaciones a los mismos.

Si podemos afirmar que toda Constitución, como han señalado Peter Häberle y Konrad Hesse, “es Constitución en el tiempo” y no puede ser entendida fuera de él, entonces habrá que entender e interpretar los derechos fundamentales también dentro de ciertas coordenadas espacio-temporales. Para decirlo con las palabras del propio Hesse,

la Constitución de una concreta comunidad política, su contenido, la singularidad de sus normas y sus problemas han de ser comprendidos desde una perspectiva histórica. Sólo la conciencia de esta historicidad permite la comprensión total y el enjuiciamiento acertado de las cuestiones jurídico y político-constitucionales. Esto es algo que no puede ofrecer una teoría general y abstracta insensible, que no enmarque la Constitución en la realidad político-social y sus peculiaridades históricas.

En este contexto, la historicidad de los derechos significa que los derechos tienen una edad, como lo sostiene Bobbio. Es decir, que van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas. Las reivindicaciones que dan sustento a los derechos no han existido siempre ni hubieran podido ser imaginadas en otros tiempos. Sobre esto se podría poner el ejemplo de la esclavitud, que fue una práctica aceptada hasta hace poco menos de 150 años en un país como los Estados Unidos; o el de la negación del voto de las mujeres (que no fue reconocido sino hasta 1971 en un país de clara ascendencia democrática como Suiza).

Pero hay otros ejemplos que lo ilustran mejor. Bobbio menciona el caso de los derechos de las personas adultas mayores, que no se hubieran seguramente planteado si no se hubiera aumentado la longevidad de la vida humana y, en consecuencia, el número de personas de la tercera edad que hay en el mundo, debido sobre todo a los enormes avances que ha tenido en los últimos siglos la

investigación biomédica.⁵⁶ Y lo mismo puede decirse del derecho a la privacidad, a la intimidad o a la protección de los datos personales —incluyendo nuestro código genético— que no se habrían comenzado a desarrollar si no fuera por los recientes descubrimientos científicos, por los avances en las comunicaciones y por el desarrollo de los diversos medios técnicos que facilitan la “intrusión” en la vida privada de los individuos.

El desarrollo histórico de los derechos humanos, al menos hasta el presente, se ha realizado de manera acumulativa, es decir, ninguno de los derechos humanos que se habían consagrado en el pasado ha sido repudiado o desconocido. Al contrario, se podría decir que la de los derechos es una *matriz expansiva*. Aunque algunos sean en la actualidad menos relevantes, todos siguen conservando una validez universal.

El avance de los derechos suele ser muy lento. A veces, desesperadamente lento. Pero los retrocesos en la materia tienen una velocidad increíble. Como apuntan Archibugi y Beetham, “se necesitan años para poner a punto nuevos instrumentos de tutela, para pedir a cada Estado que rinda cuentas por las torturas, por las desapariciones forzadas o por las ejecuciones de opositores políticos, y luego en el transcurso de pocos días se pueden consumir masacres tan crueles como imprevistas”.⁵⁷

La historicidad nos permite comprender, desde el punto de vista de su desarrollo, que los derechos han tradicionalmente surgido de luchas para tutelar a los sujetos más débiles de la sociedad. Como lo señala Ferrajoli,

históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia.⁵⁸

Lo anterior sirve para justificar el sentido en el que los derechos se constituyen como “leyes del más débil”, según el propio Ferrajoli; además, para enten-

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 77

⁵⁷ Archibugi, Daniele y Beetham, David, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milán, Feltrinelli, 1998, p. 23.

⁵⁸ “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 363.

der el sentido profundo de su carácter marcadamente histórico, frente a las posiciones simplistas que pretenden explicar a los derechos fundamentales como realidades caídas del cielo o como logros pacíficos e incruentos que se han gestado por el simple paso del tiempo.

D. Especificación

Junto a la universalización de los derechos se ha producido también un proceso de “especificación” de los mismos. Este proceso, como lo explica Norberto Bobbio, se ha dado en virtud del paso del hombre abstracto al hombre concreto, del individuo considerado solamente como ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener en la sociedad —aunque no se trata de roles solamente sociales, sino también biológicos—. Para ese efecto se han tomado en cuenta diversos criterios de diferenciación: el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera, que merecen un especial tratamiento y protección.⁵⁹

A partir de las primeras décadas del siglo XX se empieza en consecuencia a hablar de derechos de los trabajadores, de los campesinos, de los niños, de los ancianos, de las personas con discapacidad, de los enfermos, de las mujeres, de los indígenas, de los consumidores, de los inmigrantes, de las minorías sexuales, entre otros. Se habla incluso de los derechos de las generaciones futuras, que se verían amenazados por los posibles efectos de una guerra nuclear o de la devastación ecológica producida por los efectos de destrucción que sobre el ambiente tienen algunos procesos productivos. Como apunta Giancarlo Rolla, “En el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas”.⁶⁰

Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a *todas* las personas, los ciudadanos o las personas con capacidad de actuar, para usar los es-

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, cit., pp. 62 y 68, entre otras.

⁶⁰ Rolla, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, Madrid, núm. 3, junio de 2000, p. 49. El mismo autor explica que “la tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone —quizá de forma optimista— codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por vía jurisprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales”, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 35 y 36.

tatus a los que se refiere Ferrajoli, la especificación quiere responder a las preguntas “¿qué hombre?” y “¿qué ciudadano?”.⁶¹

La especificación se ha producido sobre todo en el campo de los derechos sociales, en la medida en que la igualdad y la libertad genéricamente expresadas no han sido suficientes para proteger todos los intereses de grandes grupos humanos marginados o que conviven en la sociedad de forma desventajosa.

La especificación se refiere tanto a los destinatarios —a los sujetos, por tanto— de los derechos, como a los bienes que protegen los derechos —el objeto de los mismos, por tanto—; es decir, de la misma forma en que hoy ya no se habla de ciudadano o de persona sin más, tampoco se regula la libertad o la igualdad sin más, sino que se ha avanzado en un proceso de determinación también de esos bienes, que se han ido haciendo cada vez más precisos.

5. *Teorías sobre los derechos fundamentales*

Antes de pasar al estudio de cuáles son en México los derechos fundamentales, en el cual aplicaremos las categorías que se han revisado hasta este momento, hay que dar cuenta —de forma necesariamente somera, puesto que sobre el particular se ha producido una cantidad ingente de literatura académica— de las teorías que explican los derechos fundamentales. No se debe confundir este tema con el de las perspectivas o enfoques desde los que se estudian los derechos, ni con las premisas axiológicas que suministran la explicación —a partir de la teoría de la justicia o de la filosofía política— de por qué un derecho es fundamental y no de otro tipo.

En cuanto a lo que se refiere a los distintos enfoques desde los que se pueden estudiar, como vimos al principio de este capítulo, los derechos pueden ser analizados desde la perspectiva de la dogmática jurídica, a partir de la cual se deberá dar cuenta de los derechos tal como están regulados en un determinado ordenamiento jurídico; una segunda perspectiva para estudiar los derechos es la que ofrece la teoría de la justicia o la filosofía política, desde la que lo importante será explicar la corrección de ciertos valores y la justificación de que nuevas necesidades sean incorporadas al catálogo de derechos que establecen los textos constitucionales; desde una tercera perspectiva, la de teoría del derecho, interesará comprender qué son los derechos fundamentales, intentando ofrecer respuestas que sean aplicables a todos los ordenamientos jurídicos; finalmente, los derechos pueden también ser analizados a partir de la perspectiva sociológica en general o de la sociología jurídica en particular, desde la que lo impor-

⁶¹ Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 62.

tante será conocer el grado de efectividad —de eficacia, en otras palabras— que tienen los derechos en una sociedad determinada.

Por su parte, ya también hemos dicho que los fundamentos o bases axiológicas de los derechos son —siguiendo a Ferrajoli— la igualdad, la paz, la democracia y la consideración de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Esto es, dicho en pocas palabras, lo que ya revisamos en dos apartados precedentes.

Lo que vamos a hacer ahora es distinto, pues nuestro objetivo en este apartado será conocer los diferentes enfoques teóricos bajo los que se estudian los derechos, intentando ofrecer una clasificación metodológica de los mismos. Para lograr nuestro objetivo nos serviremos de un muy conocido trabajo de Ernst-Wolfgang Böckenförde.⁶²

Böckenförde identifica cinco tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, aunque en realidad son tres las que nos interesan puesto que permiten un mayor rendimiento explicativo. Las cinco teorías son: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional y la teoría del Estado social. Las que nos interesan de forma especial son la teoría liberal, la democrático-funcional y la del Estado social. Según nuestro autor, esta clasificación de las teorías es interesante ya que permite extraer importantes consecuencias para la interpretación de los derechos establecidos en algún ordenamiento constitucional concreto. De hecho, Böckenförde procede a realizar su exposición mencionando la tesis central de cada teoría y luego identificando las consecuencias que ese punto de vista tiene para los derechos.⁶³

62 “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en su libro *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 44 y ss.

63 Como señala Carlos Bernal Pulido, “La diversidad de consecuencias que puede extraerse de cada teoría, está determinada por el diferente acento que ponen en la función que los derechos fundamentales cumplen como factor de legitimación del poder del Estado y como instrumento para la satisfacción de ciertas necesidades humanas”, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 252. En esta obra de Bernal se contiene un exhaustivo análisis de la tipología de teorías propuesta por Böckenförde; seguiré su exposición (la más amplia que conozco sobre el tema que nos ocupa) muy de cerca en las siguientes páginas.

A. La teoría liberal⁶⁴

Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer.

La teoría liberal tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo. Como señala Bernal, en la óptica de la teoría liberal los derechos fundamentales

aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados —de su cuerpo, de su imagen, de su honor— y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las ingerencias extrañas en los campos privados del individuo.⁶⁵

La teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en los derechos de libertad como derechos oponibles al Estado, como *derechos-barrera* que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones de los poderes públicos. Estudiaremos los derechos de libertad que establece la Constitución mexicana en el capítulo tercero de este libro. Sobre la tipología de los derechos y la caracterización de los “derechos-defensa” volveremos más adelante en este mismo capítulo, al tratar el tema de la “clasificación” de los derechos.

Böckenförde señala como consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos las siguientes: *a)* la libertad que garantizan los derechos es una libertad *sin más*, puesto que no tiene ningún objetivo o finalidad (no busca fomentar el proceso político-democrático, realizar algún valor o integrar a la comunidad política); *b)* existe una fuerte limitación frente a las posibles inter-

⁶⁴ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 48-52.

⁶⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 254.

venciones del legislador en el ámbito de los derechos; la regulación de los mismos debe ser mesurada, calculable y siempre sujeta a control, y *c*) el Estado no tiene ninguna obligación de carácter positivo para asegurar el ejercicio de la libertad; los derechos se presentan como derechos de defensa frente a invasiones o reglamentaciones excesivas.

Uno de los defectos de esta teoría es, según Böckenförde, su ceguera frente a los presupuestos sociales que existen para permitir o impedir la realización de la libertad. Así, por ejemplo, esta teoría no es capaz de explicar la forma en que los derechos fundamentales deben ser protegidos también frente al poder social; es decir, al ubicar a los poderes públicos como la única amenaza para los derechos, la teoría liberal olvida que también desde otros ámbitos de la sociedad puede provenir esa amenaza.

La teoría liberal ha tenido una profunda influencia en los textos académicos mexicanos y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Lo anterior se debe en parte al absolutismo con que los poderes públicos se han conducido en sus relaciones con los particulares, lo que hacía necesario insistir en el carácter “reaccional” o defensivo de los derechos; por otro lado, la teoría liberal concuerda con el marcado iusnaturalismo que han sostenido en México, a veces sin saberlo siquiera, varias generaciones de juristas, que han preferido hacer metafísica antes que tomarse en serio los textos constitucionales y sacar de ellos las consecuencias normativas conducentes.

Dos de los principales exponentes de la teoría liberal son Carl Schmitt y John Rawls.⁶⁶

La teoría de Schmitt sobre los derechos puede resumirse en tres puntos básicos:⁶⁷ *a*) los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencia y en los que, consecuentemente, no puede entrar; *b*) el número de derechos que pueden ser considerados fundamentales es muy bajo, ya que sólo se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no depende de la legislación, y *c*) los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso mesurada, limitada y sujeta a control.

⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 259 y ss. De Carl Schmitt debe verse su *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y ss. De John Rawls es muy interesante acudir al ensayo “Las libertades básicas y su prioridad”, incluido en su libro *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 270 y ss.

⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 264.

En palabras de su autor, la teoría de Schmitt sostiene que

Para tener un concepto utilizable por la ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que protege el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mesurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa... Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado... esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho “natural” entra en juego frente al Estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al arbitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o cualificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y “declaración” estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable.⁶⁸

A la postura de Schmitt, y seguramente también al conjunto de la teoría liberal, se le pueden hacer varias objeciones.⁶⁹ En primer lugar, se puede señalar el hecho de que incluso los derechos de libertad como *derechos-defensa* requieren en ocasiones de la intervención estatal para poder hacerse realidad, lo cual no vendría reconocido bajo la óptica de la “distribución de competencias” entre el Estado y el individuo; si aceptamos que el Estado no tiene competencia sobre los derechos fundamentales, desconocemos la dimensión prestacional de los derechos que le exige al Estado llevar a cabo actuaciones de carácter positiva para protegerlos. Así sucede, por ejemplo, con la libertad de asociación, que tendrá sentido si el Estado crea y mantiene abierto un registro público para que las asociaciones puedan cobrar vida jurídica y se sepa cuáles son sus fines y quiénes las integran; también la libertad de tránsito exige la actuación del Estado a través de su protección frente a terceros, para efecto de que no podamos ser detenidos por otras personas; la libertad de expresión supone que el

⁶⁸ *Teoría de la Constitución, cit.*, pp. 169 y 170. Cursivas en el original.

⁶⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, cit.*, pp. 264-269.

Estado va a proteger mi derecho de hablar en una plaza, sin que ni los poderes públicos ni otros particulares puedan impedir su ejercicio. Y así por el estilo. Es decir, los derechos de libertad, si aspiramos a que sean algo más que meras declaraciones retóricas que habitan los textos constitucionales sin arrojar mayores consecuencias, exigen del Estado prestaciones y actuaciones positivas, y no solamente abstenciones. Además, se debe considerar el hecho de que las libertades, si no se acompañan con otros tipos de derechos, quedan en buena medida huecas.

Esto último es, justamente, lo que fundamenta la segunda objeción contra la visión de Schmitt: el catálogo de derechos no puede restringirse de forma tal que sólo quepan las libertades públicas. Si no ponemos junto a las libertades los derechos de participación política y los derechos sociales, no contaremos con los elementos necesarios para hacerlas realidad. Los derechos deben asegurarnos no solamente que seamos libres, sino que esa libertad se inscriba en un *horizonte de sentido* que la haga posible, y para ello requerimos estar instruidos, tener una vivienda, contar con un mínimo de buena salud, tener medios materiales para ejercer alguna libertad, así como estar en capacidad de intervenir en la vida pública de nuestra comunidad a través de los derechos de participación política que nos permitan elegir a nuestros representantes, fungir como tales o simplemente expresar nuestras preferencias y puntos de vista al crear un partido político. Por tanto, la lista de derechos fundamentales no puede ser tan breve como lo propone Schmitt, sino que junto a las libertades deben ponerse los demás derechos.

Por su parte, John Rawls es autor, como se sabe, de la más influyente obra de filosofía política de la segunda mitad del siglo XX: *Teoría de la justicia*, publicada en 1971 y que rápidamente fue traducida a varios idiomas y estudiada en centenares de libros y artículos. Para el tema de los derechos fundamentales, además de ese libro básico, se deben tomar en cuenta también las obras posteriores de Rawls, que si bien no generaron tanto interés como aquella, nos pueden ser útiles en la medida en que refinan y precisan algunos de sus argumentos.⁷⁰ La teoría de Rawls es muy compleja y no se puede explicar en pocas líneas ya que desde su *Teoría de la justicia* ha ido construyendo un sistema conceptual básico que se ha dedicado a desarrollar con posterioridad en el resto de sus trabajos.

Lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es señalar que Rawls defiende la idea de que las liber-

⁷⁰ Aparte del libro *Liberalismo político* que ya se ha citado, conviene considerar los demás trabajos esenciales de Rawls que son: *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001 y *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

tades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tienen una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas; esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. Rawls ilustra este punto con las siguientes palabras:

Por ejemplo: las libertades políticas igualitarias no pueden negarse a ciertos grupos sociales con el argumento de que gozar de estas libertades les permitiría bloquear las políticas necesarias para la eficiencia de la economía y el crecimiento económico. Tampoco podría justificarse una ley selectiva y discriminatoria (en tiempo de guerra) con el argumento de que sería la manera socialmente menos desventajosa de formar un ejército.⁷¹

El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan esas libertades estar reguladas; Rawls sostiene que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es). Según nuestro autor,

debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están sólo reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapten a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable... Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social.⁷²

B. *La teoría institucional*⁷³

La teoría institucional tiene menos interés que la teoría liberal. Para los institucionalistas, los derechos fundamentales ordenan ámbitos vitales objetivos, tendentes a la realización de ciertos fines; los derechos, desde esta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa.

A partir de esta teoría se abre un margen más amplio de actuación para el Poder Legislativo. La ley ya no se considera una simple invasión de los derechos,

⁷¹ *Liberalismo político, cit.*, p. 274.

⁷² *Ibidem*, p. 275.

⁷³ Böckenförde, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", *cit.*, pp. 53-57.

sino que se contempla como un instrumento adecuado de concretización de los mismos, al conformar su contenido preciso; se comienza a distinguir entre leyes que regulan a los derechos —conformándolos y dándoles contenido— y las leyes que los limitan, las cuales como es obvio no serían acordes con la Constitución.

La libertad sirve para conseguir ciertos objetivos; ya no se trata de un espacio vetado a la actuación estatal. El incumplimiento de los derechos, producido por el Estado o por los particulares, amerita una intervención del propio poder público, ya sea en forma de regulaciones o ya sea en forma de sanciones. A partir de la teoría institucional el Tribunal Constitucional Federal alemán ha podido desprender de la institución de la “prensa libre” el derecho de los comunicadores a mantener en secreto los datos de sus informantes privados, por ejemplo.

C. La teoría axiológica⁷⁴

La teoría axiológica toma como punto de partida, señala Böckenförde, la teoría de la integración de Rudolf Smend.⁷⁵ Para esta teoría los derechos reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar; son, por tanto, expresión de decisiones axiológicas que la comunidad adopta para sí misma.

Böckenförde se muestra muy crítico con esta teoría, desde mi punto de vista con razón. Al concebir a los derechos como expresiones axiológicas, resulta imposible aplicar los métodos jurídicos a su interpretación; con ello, se genera una gran incertidumbre sobre el sentido y el contenido de los derechos, puesto que el intérprete debe sujetarse a las corrientes de los juicios de valor y a las concepciones valorativas arraigadas en la comunidad, cuestiones que son del todo evanescentes y que pueden cambiar de forma muy rápida. En suma, la crítica de Böckenförde se enfoca en la falta de rigor de esta teoría.

Ahora bien, el propio autor reconoce que esa aparente elasticidad en la concepción de los derechos es uno de los atractivos de la teoría axiológica, ya que parece ofrecer la posibilidad de solucionar las colisiones de derechos por medio de una jerarquización de valores; en realidad, señala Böckenförde, “no ofrece tal vía de solución, ya que hasta hoy no existe con claridad, en absoluto, ni una fundamentación racional para valores y un orden de valores, ni un sistema de preferencias discutible y reconocible racionalmente para la determina-

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 57-60.

⁷⁵ La teoría de Smend puede consultar en español en su libro *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

ción de la jerarquía de valores y para una ponderación de valores edificada sobre ella”.⁷⁶

Esta última observación es importante para México, puesto que en algunos casos la Suprema Corte, en su jurisprudencia reciente, ha apelado a un cierto “orden de valores” o a invocado argumentos de carácter axiológico (haciendo referencia, por ejemplo, al “bienestar de la persona humana”) para fundamentar sus decisiones, avanzando por un terreno en el que se ausenta del todo la reflexión jurídica y comienza la reflexión moral; es decir, entrando en un terreno muy delicado para un tribunal de última instancia en materia de constitucionalidad.⁷⁷

D. *La teoría democrático-funcional*⁷⁸

Para la teoría democrático-funcional lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma tal que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la libertad de opinión, la libertad de prensa, etcétera. Los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado.

Las repercusiones de la teoría democrático-funcional para la interpretación de los derechos son, según Böckenförde, por una parte la funcionalización de la libertad para el fortalecimiento del proceso democrático; la libertad sin más de algunas de las teorías precedentes se convierte en “libertad para” y su contenido y alcance se determinan según la función a la que sirve en el contexto general del sistema de derechos. Esta teoría permitiría, por ejemplo, dar un tratamiento diferenciado a la prensa noticiosa y a la prensa de mero entretenimiento, en la medida en que la primera jugaría un papel esencial en la construcción democrática del Estado, mientras que la segunda tiene una función democrática menor por su orientación hacia intereses privados de los individuos.

E. *La teoría del Estado social*⁷⁹

El punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social, explica Böckenförde, es la sustitución del espacio vital dominado de

⁷⁶ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 60.

⁷⁷ Ver sobre el tema las observaciones de Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 149 y ss.

⁷⁸ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 60-63.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 63-66.

autarquía individual por el espacio social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. Es decir, en el Estado social se deja atrás la visión del Estado liberal que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado; por el contrario, en el Estado social el espacio del individuo es un espacio que el Estado protege y que ayuda a construir para que toda persona pueda ejercer de manera efectiva su libertad. Sobre la naturaleza y el concepto del Estado social nos detendremos en el capítulo quinto de este libro; en este momento limitamos la exposición al punto de vista de Böckenförde.

La teoría del Estado social asume el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real e intenta superarlo. Para hacerlo, es necesario incorporar disposiciones constitucionales que no solamente establecen libertades para los individuos, sino que también señalan prestaciones a cargo del Estado.

Para la interpretación de los derechos fundamentales la teoría del Estado social tiene varias consecuencias.

En primer lugar, la concreta garantía de los derechos deviene dependiente de los medios financieros con que cuente el Estado. Las prestaciones a cargo de los poderes públicos tienen un costo y éste tendrá que ser cubierto por vía impositiva; si los impuestos y los demás ingresos del Estado no son suficientes para cubrir las necesidades financieras, entonces los derechos no podrán ser adecuadamente garantizados. Así lo entiende Böckenförde; en realidad, como tendremos ocasión de exponer con detalle en el capítulo quinto, en los últimos años se han producido desarrollos teóricos y normativos que rebajan la dependencia de los derechos fundamentales respecto a la existencia de recursos económicos. Es cierto que la satisfacción de los derechos (sobre todo de los derechos que conllevan prestaciones a cargo del Estado, como el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, etcétera) requieren recursos; pero su realización no está por completo supeditada a la existencia de esos recursos.

La teoría del Estado social traspasa las decisiones sobre diseño de prioridades, distribución y empleo de recursos del ámbito de la pura discrecionalidad política al ámbito del derecho. Es decir, el Estado ya no puede gastar el dinero público de la forma en que mejor le parezca, sino que tiene que observar los mandatos constitucionales que le señalan las prioridades de gasto y los bienes jurídicos que requieren ser protegidos. Ahora bien, con ello se desatan inevitables conflictos entre derechos fundamentales y la interpretación de los mismos alcanza su punto máximo. En parte, las necesidades de interpretación desplazan el protagonismo desde el Parlamento hasta las salas de los tribunales, y concretamente de los tribunales constitucionales. Se produce una juridificación de las actividades estatales y también, en gran medida, de las luchas socia-

les, que comienzan a ser luchas por la Constitución o, al menos, por la interpretación que de la misma puedan hacer los órganos competentes.

Los problemas de interpretación aumentan si consideramos que los derechos fundamentales de carácter social no contienen, como lo expone Böckenförde, ningún criterio acerca de su extensión. Es decir, la Constitución establece el derecho a la vivienda, pero no precisa el nivel de cobertura que se debe dar a cada persona con base en ese derecho. ¿El derecho a la vivienda significa que el Estado debe otorgar a cada persona una casa de tres recámaras, con dos plazas de estacionamiento y dos baños?, o por el contrario, ¿el derecho a la vivienda se satisface si el Estado destina cualquier cantidad de su presupuesto al otorgamiento de crédito para la construcción o si se limita a establecer planes de desarrollo urbano en los que una parte del suelo esté destinado a la construcción de vivienda de interés social?

Los derechos sociales se concretan, en no pocas ocasiones, en cometidos estatales, es decir, en tareas a cargo de los poderes públicos que deben ser realizadas de la mejor forma posible, considerando la disponibilidad objetiva de recursos. Böckenförde recuerda que Häberle ha denominado a los derechos sociales como meros “derechos fundamentales parámetro”, en la medida en que no configuran posiciones subjetivas concretas, sino que vienen a señalar parámetros de actuación de los poderes públicos. Como también tendremos ocasión de revisar detenidamente en el capítulo quinto de este libro, es verdad que los derechos sociales crean parámetros de actuación de los poderes públicos, pero si son correctamente interpretados también pueden dar lugar a posiciones subjetivas concretas que sus titulares pueden hacer valer tanto frente a los poderes públicos como, en ciertos supuestos, frente a particulares.

Según puede apreciarse, las cinco teorías que se han expuesto sintetizan muchos puntos de vista sobre los derechos. Es probable que cada una de ellas contenga elementos de gran utilidad para comprender el sentido que los derechos fundamentales tienen dentro del Estado constitucional contemporáneo. Es indudable que la teoría liberal de los derechos ha hecho aportaciones de la mayor relevancia para la comprensión que actualmente tenemos de estos derechos, pero también es verdad que si aceptamos sin más sus postulados básicos no podemos dar cuenta de los importantes desarrollos que se han producido en los últimos años (por ejemplo con respecto al sentido y fundamento de los derechos sociales). Por su parte, la teoría institucional, la teoría democrático funcional o la teoría axiológica nos suministran también elementos para comprender mejor nuestro objeto de estudio. Finalmente, la teoría de los derechos en el Estado social nos indica que el Estado no puede ser visto solamente como un

enemigo de los derechos ya que le corresponden una serie de tareas positivas que debe realizar en el campo de los derechos. Por lo tanto, no se trata de teorías que se contrapongan una con otra, sino que todas han aportado elementos interesantes para nuestra comprensión de los derechos. Lo importante es identificar esos elementos y utilizarlos para interpretar y comprender mejor los derechos fundamentales que contiene la Constitución mexicana.

6. Clasificación y tipos de derechos fundamentales

Para realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista. Siguiendo los enfoques para el estudio de los derechos que se han expuesto más arriba, podemos decir que la clasificación de los derechos puede hacerse desde cuatro puntos de vista.

Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.

Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen. Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que la norma constitucional establece entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo.

Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la teoría del derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir, justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan.

Finalmente, desde una óptica de sociología del derecho o de historia de los derechos, se puede adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente. A partir de un conocido ensayo de T. H. Marshall, se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habrían conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de de-

rechos.⁸⁰ Para algunos autores cada uno de estos tres tipos de derechos supondría una distinta “generación” de los mismos. La distinción entre ellos vendría dada por dos criterios fundamentales: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.

Sobre la idea de la aparición en el tiempo de los derechos, se suele proyectar una visión un tanto simplista según la cual los tipos de derechos se habrían ido acumulando progresivamente y de manera lineal; esa visión, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Aunque como ya hemos visto, los derechos tienen un sentido histórico, no se puede sostener como una fórmula general que en todos los países se hayan establecido de forma progresiva primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y finalmente los derechos sociales. Por el contrario, en algunos países primero fueron asegurados algunos derechos sociales (educación o salud) y con posterioridad se reconocieron derechos políticos (el derecho de voto para la mujer o para las personas de color).

El segundo criterio sobre el que se basa la clasificación en “generaciones de derechos” parece todavía más peligroso; para algunos autores, solamente los derechos de primera generación (las tradicionales libertades públicas) podrían ser garantizadas en la medida en que exigirían de las autoridades meras abstenciones, conductas de no hacer; los derechos políticos se encontrarían en una situación intermedia y los derechos sociales serían poco más que puras proclamaciones retóricas, ya que estarían por completo subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en cada periodo de tiempo.

Aunque ha sido muy utilizada, creo que la teoría de las “generaciones” de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa. Es particularmente negativa para el estudio en *clave normativa* de los derechos sociales, tal como lo explicamos con detalle en el capítulo quinto y además simplifica una serie de acontecimientos históricos que no se corresponden en nada con la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones.

Dicha teoría podría ser mantenida solamente con fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos y en los primeros textos constitucionales; como lo señalan Abramovich y Courtis,

⁸⁰ Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998 (el ensayo de Marshall fue originalmente escrito en 1950).

la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero... una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.⁸¹

La idea de las “generaciones” de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte inmutable del patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivizarlos en instrumentos jurídicos como los textos constitucionales.

Al margen de lo anterior, me parece que puede ser más interesante desarrollar una tipología con base en el segundo criterio o punto de vista, el de la teoría general del derecho, que nos permita comprender desde una aproximación conceptual qué tipo de relaciones jurídicas pueden establecerse por medio de los derechos fundamentales. Con ello, podremos contar con una herramienta de análisis que nos permita descomponer el contenido de cada artículo de la Constitución para concretizar sus efectos y señalar las conductas que establece a cargo de los particulares y de las autoridades.

Ya en un apartado precedente analizamos el concepto de derecho fundamental y lo hicimos a partir de la idea matriz de “derecho subjetivo”. Sin embargo, debemos reconocer que la visión tradicional del derecho subjetivo como una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado no siempre se corresponde con la riqueza normativa que encontramos en los textos constitucionales; es decir, sostener que el derecho fundamental crea una relación jurídica entre una persona facultada y una persona obligada no nos dice mucho. Es necesario precisar los posibles tipos de relación jurídica que pueden surgir a partir de un derecho fundamental.⁸²

Un esquema que puede ser útil para nuestro objetivo es el que propone W. N. Hohfeld, que sintetiza muy atinadamente Manuel Atienza, haciendo varias modificaciones al planteamiento original. De acuerdo con Hohfeld, la relación jurídica de derecho fundamental tendría una modalidad activa (asignada al ti-

⁸¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 27.

⁸² Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987, p. 31. Me basaré en este brillante ensayo de Atienza en las consideraciones que siguen.

tular del derecho fundamental) y una modalidad pasiva (asignada al sujeto obligado por el derecho fundamental).

Las modalidades activas se podrían expresar a través de los cuatro siguientes conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad. Por su parte, las modalidades pasivas se podrían expresar a través de otros cuatro conceptos, que son los siguientes: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción.

Entre esas ocho figuras puede haber correlación (por ejemplo cuando un derecho de A tiene como consecuencia el establecimiento de un deber de B) u oposición (por ejemplo si decimos que A tiene un derecho frente a B para que realice la conducta X, entonces no podemos sostener que B tiene un no-derecho para llevar a cabo la conducta X).⁸³

Cuando decimos que una persona tiene un derecho, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos —que se concretan en varias situaciones jurídicas posibles— a través de los que se expresa la modalidad activa. Cuando decimos que una persona está obligada por un derecho fundamental, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos —que también se concretan en varias situaciones jurídicas posibles— a través de los que se expresa la modalidad pasiva.

Atienza descompone cada una de las posibilidades en que se manifiestan los conceptos aplicables a la modalidad activa, a los que nos acabamos de referir.

Por ejemplo, el *derecho subjetivo* puede ser de cuatro tipos:

1. Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone Atienza es el del derecho a la cultura (establecido por el artículo 44.1. de la Constitución española de 1978); ese derecho obliga a los poderes públicos a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene por qué exigir o colaborar con ellos en esas acciones.⁸⁴
2. Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que

⁸³ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *cit.*, p. 33.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). El ejemplo que pone Atienza es el del derecho a la educación. En este caso el Estado debe realizar algunas conductas positivas (construir escuelas, contratar profesores, etcétera) pero para realizar el derecho puede exigirle al titular que también desarrolle una conducta (inscribirse en el curso correspondiente, asistir a las clases, pasar los exámenes). Se trata de los llamados “derechos-deber”; aunque pudiera parecerlo, no se trata de que el mismo sujeto tenga de forma simultánea un derecho y un deber respecto de una misma conducta, sino que se trata de dos conductas diferentes, aunque conectadas entre sí.⁸⁵

3. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo de pone Atienza en este caso es el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste, dentro de una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho; pero ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho deje de existir.⁸⁶
4. Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo en este supuesto es el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos; en este caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho.

Al concepto de libertad se le pueden aplicar los mismos razonamientos, cambiando simplemente los ejemplos.⁸⁷ En este caso, sobre el sujeto obligado

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 38-40.

será aplicable una norma que señale que tiene un *no-derecho* frente al sujeto titular de la libertad.

En cuanto al concepto de *potestad* también podemos identificar cuatro tipos distintos:

1. Potestades de los particulares cuyo ejercicio es facultativo; el ejemplo en ese caso puede ser el derecho de voto o el derecho a contraer matrimonio.⁸⁸ Los órganos públicos, como sujetos pasivos del derechos, serían destinatarios de una norma que establecería su sujeción a la voluntad del titular de la potestad.
2. Potestades de los particulares cuyo ejercicio es obligatorio; se puede poner también el ejemplo del derecho de voto, en el caso en que la Constitución de un país disponga de que ir a votar es obligatorio para quienes cumplan con los requisitos necesarios (es el caso de la Constitución mexicana, según el artículo 36 fracción III).⁸⁹
3. Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es facultativo; Atienza reconoce que estos supuestos son en verdad excepcionales ya que las modernas declaraciones de derechos tienen por objeto limitar a los poderes públicos.⁹⁰ Un ejemplo aplicable a México quizá pudiera ser la potestad del Congreso de la Unión de crear mediante una ley universidades públicas autónomas (artículo 3o. fracción VII de la Constitución); en este caso, el Congreso puede o no crear ese tipo de universidades, pero si decide hacerlo tendrá que ser mediante una ley y respetando el contenido esencial de la autonomía universitaria que señala la misma fracción del artículo 3o.
4. Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es obligatorio; en este caso los ejemplos son más numerosos. Una potestad de este tipo es proteger el medio ambiente, la salud de las personas, promover la readaptación social de quienes se encuentren privados de su libertad por haber cometido un delito, etcétera. El ejercicio de estas potestades puede a su vez hacer surgir derechos y deberes para los particulares.

Finalmente, el concepto de inmunidad se realiza cuando el titular de un derecho se encuentra a salvo de las conductas que puede realizar otro sujeto respecto del objeto de un derecho. Es decir, un sujeto A tiene inmunidad frente a B cuando cualquier conducta de B no puede afectar, modificar o alterar el derecho X de A, ya que respecto de X el sujeto B es *incompetente*. Así, por ejemplo,

⁸⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

como lo veremos con detalle en el capítulo cuarto de este libro, los poderes públicos no pueden afectar de forma retroactiva los derechos adquiridos de una persona; en este caso, la persona A que tenga un derecho adquirido X (por ejemplo un derecho de propiedad) no puede verse afectado en ese derecho por una conducta con efectos hacia el pasado de la autoridad B.

Resumiendo lo anterior podemos decir que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Al sujeto activo esa norma le puede reconocer un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, dependiendo de la estructura lingüística de la norma. Al sujeto pasivo esa norma le puede asignar un deber, un no-derecho, una sujeción o una incompetencia. Cada una de estas ocho posibilidades puede tener con las demás dos tipos de relaciones: de correlación cuando son compatibles (un derecho subjetivo de A se corresponde con un deber jurídico de B; una inmunidad de A se corresponde con una incompetencia de B, etcétera) o de oposición (cuando A tiene la libertad de realizar la conducta X, pero a la vez tiene el deber de realizar X).

De lo que se acaba de decir puede desprenderse que cuando hablamos de que una persona tiene un derecho, en realidad nos podemos estar refiriendo a una serie compleja de relaciones jurídicas, que pueden materializarse, por ejemplo, en un derecho subjetivo que a su vez puede descomponerse en una serie también compleja de subtipos. La clasificación anterior, en consecuencia, nos puede servir para explicar la variedad de conductas posibles a que da lugar un derecho y las posiciones jurídicas que asumen el titular y el obligado por el mismo derecho.

Desde luego, en un solo derecho podemos encontrar (y casi siempre encontramos) más de uno de los tipos de relación jurídica que se acaban de exponer; es decir, en un mismo artículo constitucional se pueden crear para el titular del derecho fundamental derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades; del mismo modo, un único precepto constitucional puede establecer deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias.⁹¹

La clasificación ofrecida, que intenta suministrar un punto de vista *estructural* de los derechos partiendo de postulados de teoría general del derecho, puede complementarse con otro tipo de clasificaciones que se suelen utilizar por los teóricos de la materia.⁹² Así, por ejemplo, los derechos fundamentales pueden clasificarse en función del tipo de protección que reciben; en el caso mexicano algún analista podría clasificar los derechos atendiendo a la posibilidad de que sean o no protegibles por medio del juicio de amparo.

⁹¹ *Ibidem*, p. 43.

⁹² *Ibidem*, p. 42.

Con independencia de la clasificación de los derechos que se adopte, del punto de vista del que se parta o de los aspectos que con esa clasificación se quieran resaltar, es importante tener en cuenta que toda clasificación tiene un objetivo fundamentalmente teórico, si es que quiere contribuir a un mejor entendimiento de los derechos, o pedagógico, si es que quiere servir a una mejor transmisión de conocimientos de lo que son los derechos. Ahora bien, en la práctica, los derechos no pueden disolverse en distintas categorías, perfectamente separadas e identificables. Esa separación no se puede llevar a cabo porque los textos de derecho positivo que recogen a los derechos con frecuencia no los clasifican según las ideas de la doctrina. Además, es muy frecuente que, como ya se apuntaba, un mismo artículo y/o un mismo derecho contengan disposiciones que pueden encajar en varias tipologías; así, por ejemplo, en un mismo artículo se puede establecer la *libertad* de enseñanza (que dará lugar, entre otras, a conductas de carácter omisivo de las autoridades para el efecto de no impedir el ejercicio de esa libertad a los particulares), junto al *derecho* a la educación como derecho social (que conlleva la obligación de las autoridades de realizar actos positivos como la construcción de escuelas, la contratación de maestros, la compra de materiales escolares, la publicación de libros de texto, etcétera).

Para decirlo en otras palabras: todos los derechos son indivisibles, interrelacionados y dependen unos de otros en cierta medida. No son más importantes las libertades que los derechos sociales ni pueden jerarquizarse unas por encima de otros. No se puede defender la prioridad de los derechos de seguridad jurídica por encima de los derechos de participación política. No se puede separar los derechos de igualdad de los derechos colectivos y así por el estilo. Los derechos fundamentales, en la práctica, deben ser concebidos como un todo, con independencia de las clasificaciones que, repito, en el plano teórico o con finalidades pedagógicas se puedan crear.

Este criterio fue definitivamente consagrado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y realizada en Viena en 1993. En la Declaración y Programa de Acción de Viena se señala que

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políti-

cos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (párrafo 5).⁹³

Al explicar el concepto de derechos sociales en el capítulo quinto volveremos sobre el tema de la interdependencia y unidad de todos los derechos, así como sobre los problemas de las clasificaciones tradicionales.

7. *¿Cuáles son, en México, los derechos fundamentales?*

Examinados los temas anteriores, habría que volver a preguntarse: ¿cuáles son, en México, los derechos fundamentales? La respuesta solamente la puede ofrecer el propio ordenamiento constitucional mexicano. Son derechos fundamentales aquellos que, según el texto de la Constitución mexicana, corresponden universalmente a todos, teniendo en cuenta los estatus que señala Ferrajoli en su definición. Es importante señalar que los derechos fundamentales pueden encontrarse en cualquier parte del texto constitucional, sin que tengamos que buscar necesaria y exclusivamente en los primeros 29 artículos. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que hay derechos fundamentales, por ejemplo, en el artículo 31 constitucional, que contempla las “obligaciones de los mexicanos”. De la misma forma, es obvio que el artículo 123 contempla los derechos fundamentales de los trabajadores. Como también resulta indiscutible que son derechos fundamentales las “prerrogativas de los ciudadanos” establecidas en el artículo 35 constitucional (derecho de sufragio y derecho de asociación en materia política).

Entonces podemos decir, preliminarmente, que serán derechos fundamentales, para el sistema jurídico nacional, los que estén previstos como tales por la Constitución. Esto, siendo cierto, no agota sin embargo el cuadro de los derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano. La Constitución incorpora al ordenamiento jurídico, por medio de varias fuentes del derecho,⁹⁴ otros derechos fundamentales. Para estar en posibilidad de saber cuáles son los derechos fundamentales en México debemos estudiar dichas fuentes.

⁹³ El texto de la Declaración y el Programa de Acción puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. II, pp. 1311 y ss.

⁹⁴ Para una primera aproximación al tema de las fuentes del derecho en el derecho constitucional mexicano, Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004.

8. Fuentes del derecho y derechos fundamentales

La primera de las fuentes del derecho que contiene derechos fundamentales, como ya se ha dicho, es la propia Constitución, en cualquiera de sus partes. Conviene hacer alguna breve reflexión de carácter general sobre el sentido y el papel de la Constitución en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

A. La Constitución

La Constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico. Los ordenamientos jurídicos modernos son muy complejos y las fuentes que, dentro de ellos, pueden crear válidamente normas jurídicas son múltiples.⁹⁵ Por ello, hoy la Constitución ya no es el centro que hace que el resto de las normas pasen por su tamiz para ser válidas, sino que se ha convertido simplemente en el marco de referencia dentro del cual pueden tener expresión las diversas opciones políticas y/o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa.

Como ha escrito Gustavo Zagrebelsky, se trata del nuevo modelo de Constituciones *abiertas*,⁹⁶ que son aquellas

Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.⁹⁷

¿Se debilita con las Constituciones abiertas la normatividad constitucional? Creo que no. Todo lo contrario. Que la Constitución no predetermine ni los resultados de la contienda política (tanto la que tiene lugar en los procesos electorales, como la que se desarrolla en los parlamentos o cámaras legislativas), ni los espacios y contenidos normativos que van a integrar el resto del ordena-

⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.

⁹⁶ Sobre la noción de apertura constitucional y de "Constitución abierta" se puede consultar Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, UCM, 1993 y Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., cap. VII.

⁹⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 14.

miento jurídico, no quiere decir que la Constitución deje de ser el documento supremo del sistema y la condición de validez de todas las normas que lo integran. Significa, eso sí, que dentro de Estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la Constitución debe dejar un espacio a la *política constitucional*. En materia de derechos fundamentales la *política constitucional* puede tomar muchos significados; por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras otro puede considerar más adecuado delegar parte de esas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a una financiación pública. Lo importante, en este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la Constitución hay espacios que la *política constitucional* puede ocupar de distinta forma.

El Tribunal Constitucional español lo ha dicho con las siguientes palabras: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (Sentencia 11/1981), de modo que “la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (Sentencia 174/1989), todo ello en uso de la “libertad de conformación” del propio Poder Legislativo (Sentencia 37/1988).

La apertura constitucional tampoco significa dar marcha atrás al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que se observa en muchos países a partir de la Segunda Posguerra Mundial. Justamente, esos mismos Estados son los que presentan mayores rasgos de pluralismo político y partidista (Italia quizá sea un caso extremo en este punto), y en los que encuentra mayores espacios constitucionales la política de cada día, la que se ejerce por el Poder Legislativo y por los partidos políticos, en sus respectivas sedes y campos de acción.

El modelo de Constitución contemporánea, con todo y su apertura, se significa por guardar una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico y con los sujetos encargados de actuarlo. En eso consiste, en buena medida, la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.⁹⁸ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender

⁹⁸ La “constitucionalización del ordenamiento”, señala Louis Favoreau, es un fenómeno reciente, poco estudiado y a menudo fuente de confusión y malentendidos, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, p. 37.

un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.⁹⁹

Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.¹⁰⁰

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

a) Una Constitución rígida. El concepto de rigidez constitucional se estudia más adelante; en este momento, conviene simplemente apuntar que, como recuerda Guastini, la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.¹⁰¹ En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

b) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).¹⁰²

c) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas*, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.¹⁰³ El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a las disposiciones contenidas en la carta

⁹⁹ *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2003, p. 153.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 154.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 155-157.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 157 y 158.

fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.¹⁰⁴

d) La “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general)¹⁰⁵ no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos,¹⁰⁶ se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.¹⁰⁷

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales; como apunta Konrad Hesse,

¹⁰⁴ Sobre el mismo punto, con bibliografía complementaria, Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., cap. VI.

¹⁰⁵ Sobre este punto véase el clásico trabajo de Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, en el libro del mismo autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

¹⁰⁶ Ver por ejemplo sus *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.

¹⁰⁷ *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 159 y 160.

Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho... no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales.¹⁰⁸

Sobre la forma concreta en que los derechos fundamentales se imponen a las relaciones jurídicas sujetas al derecho privado nos detendremos más adelante dentro de este mismo capítulo.

e) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: primera, el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y segunda, que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio.¹⁰⁹ Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.¹¹⁰ En México, sin embargo, ambos aspectos todavía no han sido analizados teóricamente ni desarrollados en las sentencias de nuestros jueces.

f) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley.¹¹¹ La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X_1 de una ley o la interpretación X_2 , opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere esta última.¹¹²

¹⁰⁸ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 93.

¹⁰⁹ Obviamente, en aquellos países en los que exista un control “concentrado” de constitucionalidad de las leyes, los jueces ordinarios no podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero sí podrán utilizar a la Constitución de forma directa en aquellos casos en los que las leyes no tengan ninguna previsión o para llegar a la interpretación legal que mejor desarrolle los propios mandatos constitucionales.

¹¹⁰ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, pp. 160 y 161.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 160.

¹¹² Jiménez Campo, Javier, “Interpretación conforme” e “Interpretación constitucional”, ambas en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: primero, que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en aquellos Estados federales o regionales) que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;¹¹³ segundo, que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en alguna época se han llamado las *political questions*, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y tercero, que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.¹¹⁴

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo.

Aunque una visión moderna del Estado constitucional sostiene que la Constitución debe ser concebida como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación solamente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente, hay que considerar que los textos constitucionales contienen, en alguna medida, pretensiones que en el momento de entrar en vigor pueden ser consideradas utópicas. El carácter normativo de la Constitución no supone negar que el poder constituyente haya querido poner en el texto de la norma suprema sus aspiraciones de país, la forma que debería tener la sociedad desde su punto vista.

Por tanto, se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-políti-

¹¹³ En México se trataría de los supuestos que sobre las “controversias constitucionales” enumera la fracción I del artículo 105 constitucional.

¹¹⁴ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 163 y 164.

ca y también como un parámetro de legitimación del poder público.¹¹⁵ Como sostiene Hans Peter Schneider en la cita que ya transcribimos en la “Nota preliminar” de este libro,

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de “utopía concreta”. De ello resulta la orientación finalista del derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.¹¹⁶

En América Latina el concepto de Constitución se ha utilizado con frecuencia como un motivo legitimador de la acción del Estado, aún si dicha acción no ha tenido siempre un carácter democrático o apegado al interés general. Las Constituciones han sido manejadas e instrumentalizadas desde el poder para prolongar las condiciones de predominio político de un grupo sobre el resto de la sociedad. México es uno de los mejores ejemplos al respecto. Por eso es importante utilizar el discurso teórico sobre el concepto de Constitución con fines no solamente académicos o analíticos, sino también deslegitimadores de la supuesta neutralidad del Estado, o del discurso que se apoya en la Constitución para imponer el punto de vista de unos cuantos sin consultar a los demás, o de las actuaciones legislativas o jurisdiccionales que violan las normas constitucionales.

Tampoco la teoría constitucional, desde luego, puede presentarse a sí misma como neutra; no lo es ni lo puede ser cuando su objeto está cargado de valor: el

¹¹⁵ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986, p. 11; *cfr.* las observaciones de J. J. Gomes Canotilho sobre la “Constitución dirigente” en su trabajo “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 43, enero-abril de 1995, pp. 9 y ss.

¹¹⁶ *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49.

Estado constitucional y las Constituciones mismas sólo se entienden dentro de las coordenadas axiológicas de la libertad y la igualdad. Y si su objeto no es neutral ni admite por ello cualquier forma de organización social, la teoría tampoco puede serlo.

Como quiera que sea, en México por lo menos, hace falta un gran esfuerzo de renovación de la teoría constitucional. Dicho esfuerzo debe permitirnos tener mejores instrumentos analíticos y conceptuales, pero también más razones y apoyos para cambiar una realidad que, como en casi toda la América Latina, sigue instalada en escenarios de marginación, pobreza, discriminación y violación cotidiana de los derechos fundamentales de un gran número de personas.

B. La reforma constitucional

Una segunda fuente de los derechos fundamentales es el procedimiento de reforma constitucional; en efecto, la lista de los derechos que está en la Constitución no es un universo cerrado, de forma que por medio de adiciones a su texto se puede ampliar, siguiendo con la lógica que comporta el carácter histórico de los derechos, a la que ya nos referimos en uno de los apartados precedentes.

Como se verá más adelante, el catálogo de derechos ha crecido de forma importante en los últimos años; cuestiones tan básicas como la igualdad entre el hombre y la mujer no se constitucionalizan sino hasta la década de los setenta; unos años después, a principio de los ochenta, aparece en el texto constitucional el derecho a la salud, mientras que el medio ambiente o los derechos de los menores son resultado de reformas que entran en vigor en los años noventa. Por tanto, hay que tener presente al mecanismo de reforma constitucional como una posible fuente de ampliación del catálogo de los derechos fundamentales.

En México, el procedimiento de reforma constitucional está previsto en el artículo 135 constitucional, cuyo texto señala que:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Sobre las consecuencias de este texto volveremos al examinar el tema de la rigidez constitucional en el apartado II *infra*.

C. *Los tratados internacionales*

Una tercera fuente de los derechos fundamentales, de enorme trascendencia práctica aunque en gran parte desconocida en México, son los tratados internacionales. Aunque sobre su régimen constitucional se abunda en el apartado siguiente, conviene apuntar desde ahora que los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio). En los tratados internacionales y en la interpretación que de ellos han hecho los organismos de la ONU, OIT y OEA, entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la Constitución mexicana (por ejemplo el derecho de rectificación, para cuando un medio de comunicación da a conocer una noticia falsa o inexacta que nos atañe y queremos rectificarla a través del propio medio de comunicación), como perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra carta magna (por ejemplo estableciendo dimensiones de un cierto derecho que no contempla nuestro ordenamiento).

Se calcula que actualmente existen poco menos de 150 tratados internacionales y protocolos referidos a los derechos humanos, de forma que podemos hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.¹¹⁷

Los tratados de derechos humanos pueden ser de carácter general o sectorial. Los primeros regulan muchos tipos de derechos o derechos adscribibles, en términos generales, a todas las personas. Los segundos contienen derechos para determinados tipos de personas. Entre los primeros podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966;¹¹⁸ en el ámbito de América Latina el más importante tratado general es la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969.¹¹⁹

Entre los tratados internacionales de carácter sectorial más importantes para los temas que vamos a estudiar en este libro se encuentran la Convención de los Derechos del Niño¹²⁰ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,¹²¹ así como los Convenios de la OIT sobre

117 Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 y ss.

118 Publicados ambos en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981.

119 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

120 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

121 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981; fe de erratas del 18 de junio de 1981.

distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores.¹²² En el ámbito de América Latina podemos destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho. A lo largo de los capítulos que siguen haremos referencias constantes, entre otras fuentes, a las observaciones generales, que son una especie de interpretación general dictada por comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea un Comité de Derechos Humanos, que está compuesto por 18 miembros (artículo 28 del Pacto) y lo faculta para emitir comentarios generales dirigidos a los Estados partes sobre el contenido del Pacto. Una facultad parecida se encuentra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales.

Podríamos decir que las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia.¹²³

Actualmente la estructura de los órganos encargados de la vigilancia de los derechos humanos dentro de la ONU es bastante compleja;¹²⁴ el lector podrá identificar el campo de competencia de cada uno de los Comités de la ONU en la materia de derechos humanos según su denominación, la cual en términos generales se corresponde con la denominación del tratado, pacto o convención de cuya supervisión se encargan. Así, por ejemplo, si la supervisión e interpre-

¹²² Son especialmente importantes los convenios núm. 87 (libertad sindical), 89 (derecho de sindicalización), 111 (discriminación en el empleo), 118 (igualdad de trato), 138 (edad mínima para trabajar), 143 (trabajadores migrantes), 169 (pueblos indígenas) y 182 (prohibición del trabajo infantil).

¹²³ Una selección muy amplia de observaciones generales puede verse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 389 y ss.

¹²⁴ Cfr. Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pp. 437 y ss.

tación se hace del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el comité correspondiente se denomina Comité de Derechos Humanos; de la misma forma, haremos referencia en los capítulos siguientes a los trabajos y documentos generados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité sobre la Discriminación contra la Mujer, entre otros.

Para la comprensión cabal del sistema de protección de los derechos humanos que existe actualmente en el seno de la ONU, quizá sería útil realizar una minuciosa explicación del lugar que ocupa cada comité en el organigrama de la ONU (dentro del Ecosoc, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, dentro de la estructura de la Secretaría General, etcétera) y de los documentos que precisan su ámbito de facultades; pero hacerlo extendería innecesariamente el contenido del libro, además de que tendríamos que entrar a un terreno que es objeto de estudio del derecho internacional público.¹²⁵ Lo importante es que el lector esté al tanto del criterio sostenido por los distintos comités y que sea capaz de relacionar esos criterios con los distintos pactos y tratados internacionales que les sirven de fundamento. Hay que enfatizar el hecho de que el Estado mexicano ha admitido la competencia de varios de esos comités y por tanto los particulares ya pueden acudir a ellos para denunciar alguna violación de los derechos establecidos en los respectivos pactos, tratados y convenciones.¹²⁶

Además de las tareas importantes que realizan los comités, hay que tener presente que los propios tratados internacionales pueden crear tribunales con competencias contenciosas o de otro tipo;¹²⁷ así sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, que crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en esa misma ciudad. La Corte Interamericana, como veremos más adelante, es un tribunal regional de derechos humanos y despliega sus trabajos en dos competencias principales: contenciosa y consultiva.

¹²⁵ Una explicación muy completa del universo de organismos que se encargan de los derechos humanos en el ámbito de la ONU puede encontrarse en Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit.

¹²⁶ Al respecto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss. La publicación de los respectivos documentos de adhesión o ratificación se realizó en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de mayo de 2002.

¹²⁷ Sobre los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos previsto en los tratados, Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pp. 499 y ss.

En ocasiones los tratados se van complementando con documentos normativos que se dictan con posterioridad. Se les suele llamar “protocolos” o “protocolos adicionales”. Por ejemplo, a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han dictado dos protocolos, destinados respectivamente a permitir que el Comité de Derechos Humanos reciba directamente quejas de individuos por presuntas violaciones del Pacto y a abolir la pena de muerte. También la Convención Americana de Derechos Humanos tiene dos protocolos; uno en el que ese establecen los derechos económicos, sociales y culturales (el llamado Protocolo de San Salvador) y otro que tiene también por objeto la abolición de la pena de muerte. Los protocolos pueden existir tanto en el caso de los tratados generales como en el de los sectoriales; dentro de estos últimos tenemos que tanto la Convención de los Derechos del Niño como la Convención contra la Discriminación de la Mujer tienen varios protocolos facultativos.

Sobre la manera en que los tratados internacionales se deben interpretar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (*DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* DEL 14 DE FEBRERO DE 1975). Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las

partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir-se, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda. Clave 2a. , núm. CLXXI/2002, amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S. A. de C. V., 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

En la práctica, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se enfrenta con muchas dificultades.¹²⁸ Una de ellas, quizá no la menor, es el profundo desconocimiento que de su contenido tienen los abogados mexicanos, incluyendo a los jueces. Pese a todo, se trata de una fuente de derechos fundamentales de la mayor importancia. En los próximos capítulos haremos en todo momento referencia a los tratados internacionales tanto en lo que puedan servir para reforzar o extender un derecho contemplado en la Constitución mexicana, como para señalar el caso de algunos derechos que están contemplados en tratados internacionales vigentes en México y que no se encuentran en nuestro texto constitucional.

D. La jurisprudencia

Una cuarta fuente de los derechos, también de gran repercusión práctica es la jurisprudencia de los tribunales, tanto de los nacionales como de los internacionales. El fundamento de la jurisprudencia de los tribunales federales se encuentra en el artículo 94 constitucional; emiten jurisprudencia tanto la Suprema Corte (en pleno y en salas), como los tribunales colegiados de circuito y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. A nivel internacional, la jurisprudencia más importante para el tema de los derechos fundamentales en

¹²⁸ Algunas reflexiones sobre el tema se pueden ver en Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 181 y ss.

México es la que establece en sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

A reserva de lo que se dirá al estudiar cada derecho fundamental en concreto, puede apuntarse en términos muy generales que la jurisprudencia mexicana se encuentra en una fase de reconstrucción; por un lado, cada vez se pueden encontrar criterios más avanzados en la materia que nos ocupa, en parte como consecuencia de que se le han planteado a nuestros tribunales temas sobre los que no había tenido la oportunidad de pronunciarse y en parte porque han sabido rectificar algunos criterios que eran insostenibles ante el nuevo escenario democrático del país. Sin embargo, el grueso de la producción jurisprudencial sigue siendo relativamente deficiente, sobre todo si se le compara con los avances que han tenido otros países de nuestro entorno, como Colombia, Argentina o Costa Rica, cuyos pronunciamientos jurisprudenciales se encuentran entre los más avanzados de América Latina.

Aunque por años estuvo al alcance solamente de los expertos, de los grandes despachos de abogados o de quienes trabajaban dentro del Poder Judicial federal, en los tiempos más recientes la jurisprudencia ha tenido una mayor difusión, como consecuencia del surgimiento de las nuevas tecnologías de la información, que permiten compendiar en un solo disco compacto todas las tesis jurisprudenciales emitidas desde 1917, a un costo accesible para cualquier interesado.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Habiendo examinado las fuentes del derecho a partir de las que pueden surgir los derechos fundamentales, corresponde ahora abordar de forma somera el régimen constitucional de tales derechos. Se trata simplemente de recordar algunas cuestiones que son más bien objeto de estudio en los primeros cursos de derecho constitucional y sobre las que, en consecuencia, el lector debe ya de estar al tanto. Los temas que me gustaría recordar son los siguientes: *a)* la supremacía constitucional, *b)* la rigidez de la Constitución, y *c)* la defensa constitucional de los derechos tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

1. *La supremacía constitucional*

Al estar los derechos fundamentales previstos en la Constitución, es obvio que participan de su mismo régimen jurídico; en consecuencia, les serán aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional.

Para comprender lo que significa en la actualidad la supremacía constitucional, debe tenerse presente que la Constitución no vincula u obliga jurídicamente como lo hacen las demás normas del ordenamiento. Históricamente la Constitución ha tenido que imponer su *vinculatoriedad* incluso, y sobre todo, frente a otras normas. No siempre se ha considerado que la Constitución es una norma suprema ni siempre se han sacado del principio de supremacía las consecuencias adecuadas. Así, por ejemplo, no siempre se ha entendido —ni se entiende en la actualidad en México— que si una Constitución es en verdad una norma suprema, cualquier otra norma del sistema que sea declarada inconstitucional debe ser expulsada del mismo, de forma que no solamente se le declare como no aplicable a un caso concreto, sino que incluso deje de existir para todos los efectos.

Hay un par de conceptos que deben tenerse presentes para comprender la supremacía constitucional; me refiero a la concepción gradualística del ordenamiento jurídico y al concepto de validez normativa.

El derecho fundamenta la validez de las normas que lo integran a través de la construcción de una relación de supra a subordinación entre ellas, de modo que existe una norma superior —llámese norma hipotética fundamental, norma de identificación de normas o regla de reconocimiento— que da fundamento al resto, las cuales a su vez solamente podrán ser válidas en tanto se ajusten a lo prescrito por aquélla.¹²⁹ Como ha expuesto Hans Kelsen, “una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden”,¹³⁰ lo cual nos conduce a la norma fundante “básica” que no encuentra fundamento dentro del sistema jurídico, por lo que tiene que ser presupuesta.¹³¹

La validez normativa, a su vez, puede entenderse en dos sentidos. En un sentido formal se entiende que son válidas aquellas normas que se ajusten a las

¹²⁹ Merkl, A., “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto”, trad. de C. Geraci, en Merkl, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milán, Giuffrè, 1987, *passim*.

¹³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, p. 243.

¹³¹ No deja de resultar interesante la observación de Alf Ross cuando sostiene que “todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Sólo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es sólo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extrasistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento”, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, 4a. ed., Buenos Aires, 1977, p. 81.

normas procedimentales que regulan la creación jurídica dentro de un Estado, independientemente de su contenido. Desde un punto de vista material, serán válidas aquellas normas que, además de haber sido creadas conforme a los procedimientos establecidos por el ordenamiento, tengan como contenido normas compatibles o coherentes con las normas sustanciales o materiales del mismo, como lo son justamente las que regulan los derechos fundamentales. A la primera se le ha llamado por algunos autores *vigencia* y a la segunda se le ha considerado la validez en sentido estricto.¹³² Una y otra tienen gran relación con la concepción misma de la democracia: democracia formal o procedimental en un caso —referida al *quién* y al *cómo* de las decisiones estatales— y democracia sustancial en el otro —ligada al *qué* de la acción pública—. ¹³³

Esta distinción de las formas de validez es importante porque tradicionalmente la Constitución se había concebido, a partir de Kelsen sobre todo y todavía hoy en autores como Giovanni Sartori, como una norma meramente procedimental, que tenía por contenido procedimientos pero no mandatos sustantivos.

Esta visión ha sido abandonada, de forma que se entiende que la Constitución contiene tanto normas de procedimiento como normas de contenido. Como lo escribe Maurizio Fioravanti,

La Constitución democrática del siglo XX... ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil. A partir de aquí comienza una nueva historia que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los *instrumentos institucionales* necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales... *el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales...* y *el principio de igualdad*, que —en las Constituciones democráticas— tiende a afirmarse más allá de la mera prohibición de la discriminación, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instruc-

¹³² Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, 1992, p. 64; *id.*, “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 29, 1997, p. 4; *vid.* también Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 47-59; *id.*, “Invalidity”, *Ratio Iuris*, Londres, vol. 7, núm. 2, julio de 1994, pp. 212-226 y bibliografía citada.

¹³³ Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, *cit.*, p. 65. Sobre las relaciones entre forma y contenido desde la perspectiva de las fuentes, Zagrebelsky, *Manuale...*, *cit.*, pp. 17-19.

ción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la otra gran cuestión de la garantía y la realización de los derechos sociales.¹³⁴

La superioridad constitucional deriva de varios datos ineludibles: *a)* la Constitución *crea* a los poderes públicos del Estado; *b)* *delimita* sus funciones —positiva y negativamente—; *c)* recoge los procedimientos de *creación normativa*; *d)* establece los *derechos fundamentales* de los habitantes del Estado, y *e)* incorpora los *valores esenciales o superiores* de la comunidad a la que rige.

En este contexto se ha dicho, quizá con razón, que dentro del Estado constitucional la soberanía no puede pertenecer más que a la Constitución, que es el marco de referencia suprema de las actividades de todos los habitantes del Estado.¹³⁵

Algunos autores señalan que la supremacía constitucional, que es una cualidad eminentemente política, se halla correspondida a nivel estrictamente jurídico por la supralegalidad de las normas constitucionales:

La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La supralegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad.¹³⁶

La supralegalidad —o supremacía, según la terminología que se adopte— parte de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos y se puede entender como la “cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción (y por lo mismo de modificación) jerárquicamente superior a la de la ley”.¹³⁷

El correlato más notable de la supralegalidad es la rigidez de la Constitución, tema que se aborda en el siguiente apartado.

Desde un punto de vista estrictamente formal, la Constitución es superior respecto al resto de normas del ordenamiento, además de porque es creada por el poder constituyente, porque regula tanto la forma de creación como los con-

¹³⁴ Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 150.

¹³⁵ Cfr. la argumentación al respecto de Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, De Palma, 1980, pp. 149 y ss.

¹³⁶ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *cit.*, p. 23.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 17.

tenidos posibles de aquéllas. Cabe recordar que, como norma secundaria o norma sobre la producción jurídica, la Constitución tiene una superioridad *instrumental* respecto del resto de normas.¹³⁸

La suprallegalidad de la Constitución se encuentra incluso explícitamente recogida en el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana, que tiene como antecedente mediato, como se sabe, el artículo VI sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Actualmente el citado precepto de la Constitución mexicana dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión...”.

La supremacía constitucional le presta a los derechos fundamentales una doble capacidad de “resistencia” frente al resto de normas jurídicas del sistema. Una resistencia pasiva, mediante la cual no pueden ser derogados, limitados o violados por ninguna norma o acto de autoridad; y una resistencia activa, mediante la cual pueden a su vez derogar, limitar o contrariar cualquier norma o acto de autoridad que no sea conforme con su contenido. Para que ambas formas de resistencia no se queden como simple retórica, la Constitución debe considerarse una norma jurídica directamente aplicable, sin que se le pueda confundir con un programa político o una lista de buenos deseos, y sin que se le deje al legislador en completa libertad para cumplirla o dejar de cumplirla. En este sentido, conviene recordar una sentencia interesante del Tribunal Constitucional español en la que se afirma, justamente en relación con los derechos fundamentales, que

Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones. Su aplicabilidad inmediata no tiene más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable... Cuando se opera con reserva de configuración legal, el mandato constitucional tiene, hasta que la regulación legal tenga lugar, un contenido mínimo que ha de ser protegido, ya que de otro modo se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional... La

138 Sobre el concepto de norma sobre la producción jurídica, Carbonell, Miguel, “Normas sobre la producción jurídica”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002, pp. 427-429.

dilación en el cumplimiento del deber impuesto al legislador por la Constitución no puede lesionar un derecho reconocido en ella.¹³⁹

Junto al reconocimiento que hace el artículo 133 de la superioridad de la Constitución debe mencionarse el artículo 103 que faculta a los tribunales federales para nulificar los actos de los poderes públicos de todos los niveles de gobierno que violen algún derecho fundamental o que invadan el sistema constitucional de competencias al que se encuentran subordinados. Sin esta garantía la proclamación del artículo 133 sería mera retórica constitucional. Los principales procesos constitucionales a que dan lugar las violaciones a la Constitución mencionadas en dicho artículo se encuentran regulados en los artículos 105 (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) y 107 (juicio de amparo).¹⁴⁰

El artículo 133 se refiere a la Constitución, a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso que emanen de la propia Constitución, como elementos integrantes del concepto más amplio de “ley suprema de toda la Unión”. Una cuestión importante en el estudio de la supremacía constitucional consiste en revisar la relación que existe entre esos tres elementos.

En primer lugar, no hay duda de que la Constitución es, a la luz de todo lo que se ha dicho, la norma suprema y que, en consecuencia, se impone frente a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso de la Unión que emanan del texto constitucional.

En segundo lugar, parece que el texto del artículo 133 no suministra un criterio claro para saber si los tratados deben considerarse o no superiores a las leyes del Congreso; esto ha generado durante años una viva polémica entre diversos teóricos del derecho en México.

En general, si se analizan los textos constitucionales de diversos países se observa que las relaciones entre normas de derecho interno y normas de derecho internacional puede revestir cuatro posibilidades:¹⁴¹

¹³⁹ Sentencia 15/1982, fundamentos jurídicos 6, 7 y 8 (*cfr.* también la sentencia 254/1993); sobre la vinculación inmediata de los derechos fundamentales —artículos 14 a 38 de la Constitución española— ver la sentencia 80/1982.

¹⁴⁰ Sobre el tema de la defensa de la Constitución para tutela de los derechos fundamentales ver *infra* el apartado II.3.

¹⁴¹ Se sigue la exposición de Cassese, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986, t. 192, pp. 394 y ss. Sobre el mismo tema puede verse también el trabajo de Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, cit., pp. 37 y ss.

1. Que las Constituciones no tengan ninguna previsión sobre el tema;
2. Que las Constituciones establezcan que las disposiciones de los tratados deben ser cumplidas por todos los ciudadanos y las autoridades del Estado, pero que no garanticen para los tratados un rango superior al de la legislación ordinaria;
3. Que las Constituciones prevean que los tratados, aunque ostenten un rango subconstitucional, prevalecen sobre las leyes, con la consecuencia de que los legisladores nacionales no pueden alterar o derogar las disposiciones de los tratados a través de una nueva ley. En este sentido se manifiesta la Constitución francesa de 1958, que en su artículo 55 establece: “Los tratados o acuerdos, ratificados y aprobados correctamente, tendrán desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes”. El artículo 53 de la misma Constitución dispone, sin embargo, que en algunas materias consideradas por el constituyente francés como especialmente relevantes los tratados “no podrán ser ratificados o aprobados más que por medio de ley”. Por su parte, la Constitución alemana de 1949 considera que “Las normas generales de derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y deberes para los habitantes del territorio de la Federación” (artículo 25). Igual tratamiento otorga la Constitución griega a las normas generales de derecho internacional “generalmente aceptadas” (las cuales tienen “un valor superior a toda disposición en contrario de la ley...”) aunque prescribe que los tratados deben ser aprobados por vía legislativa (artículo 28.1);
4. Que las Constituciones otorguen a los tratados la posibilidad de modificar o revisar las propias normas constitucionales. Un ejemplo de esta posibilidad, ciertamente no muy utilizada en el derecho moderno, lo encontramos en el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979.

Dejando aparte las disputas académicas y las clasificaciones con fines pedagógicos, en México tradicionalmente la jurisprudencia había sostenido que los tratados internacionales y las leyes federales se encontraban en un mismo nivel jerárquico, de modo que en caso de conflicto debía prevalecer la norma más reciente en el tiempo, como consecuencia del criterio de solución de antinomias según el que *lex posterior derogat priori*. Así lo sostenían nuestros tribunales federales, por ejemplo, en las siguientes tesis:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes

que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan ambos un rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Amparo en revisión 2069/91.- Manuel García Martínez.- 30 de junio de 1992.- Mayoría de 15 votos.- Ponente: Victoria Adato Green.- Secretario: Sergio Pallares y Lara.

TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución federal, de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las Constituciones y leyes de los estados que forman la Unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución federal. Es pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 151-156, sexta parte, p. 196.

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA. El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 78, sexta parte, p. 111.

Recientemente, sin embargo, este criterio ha sido abandonado por la Suprema Corte para asumir una interpretación más claramente internacionalista del artículo 133, lo cual es positivo en términos generales, aunque no deja de resultar cuestionable en vista de la deficiente argumentación utilizada. Se trata de la

siguiente tesis aislada, que todavía no reúne los requisitos necesarios para ser obligatoria para los tribunales inferiores:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la carta magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este máximo tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro:

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p. 46.

Otros criterios jurisprudenciales interesantes para el tema de la supremacía constitucional y la interpretación del artículo 133 son los siguientes:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la ley suprema de toda la Unión, debiendo los jueces de cada estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el pacto federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la ley fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la carta magna, de manera que si las leyes expedidas por las legislaturas de los estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del código supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, marzo de 2001, novena época, primera sala, tesis 1a. XVI/2001, p. 113.

LEYES, PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA (DE LAS), ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. No es correcta la apreciación de que una ley reglamentaria de algún precepto constitucional, como lo es la Ley del Seguro Social, sea, por naturaleza propia, jerárquicamente superior a otros ordenamientos generales, como también lo son las leyes orgánicas, las leyes ordinarias o códigos de materias específicas, y para demostrar lo ineficaz de tales argumentaciones, es conveniente precisar que la relación de subordinación que puede existir entre dos cuerpos nor-

mativos generales resulta, como consecuencia lógica, de la posibilidad de creación con que cuente cada uno de ellos, así, la norma que prevé y determina en sus disposiciones la creación de otra, es superior a esta última; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, una dispersión de ordenamientos anárquicamente subordinados entre sí, y a gusto de los gobernantes, sino que es indudablemente, una verdadera jerarquía que se integra con base en diversos niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de las de grado más bajo, se encuentra determinada por otras de nivel superior, cuya creación es prevista a su vez, por otra todavía más alta, hasta llegar a la norma primaria o fundamental que representa, siempre, la suprema razón de validez de todo orden jurídico. Las normas generales creadas por órganos legislativos constituidos, representan un nivel inmediatamente inferior al de la Constitución de la República en el orden jerárquico del derecho. Esa es precisamente la intención del constituyente manifiestamente expresada en el texto del artículo 133 constitucional, al señalar específicamente la frase "...las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella...", así, tales ordenamientos guardan, frente a la misma, una distancia de subordinación natural, lo cual no acontece como regla general, entre las distintas especies de leyes creadas por el Congreso de la Unión pues para que eso existiera sería menester, como sucede en el caso de la norma fundamental, que una ley secundaria determinara en su articulado, la creación de otro ordenamiento, cualquiera que sea su denominación (ley orgánica, ley ordinaria, ley reglamentaria o código), para estar entonces en la posibilidad de hablar de una verdadera relación jerárquica de superior a inferior entre dos distintos tipos de cuerpos normativos generales, situación que no acontece en el caso de la Ley del Seguro Social que no contiene, en sus disposiciones, previsión expresa respecto de la creación de la Ley Aduanera, razón por la cual, sin importar que una sea ley reglamentaria y otra ley ordinaria no existe condición alguna de subordinación que las relacione, guardando entera independencia entre sí, y compartiendo su mismo nivel jerárquico, respecto del orden normativo del que han emanado. En otras palabras, en observancia del principio instituido por el constituyente en el texto del artículo 133 de la carta magna, y toda vez que no ha sido la Ley del Seguro Social la razón de creación, ni tampoco dispuso el origen de la Ley Aduanera, su igualdad jerárquica es evidente, sin ser posible, válidamente hablando, pretender subordinar una a la otra por el solo acontecimiento de que la primera, Ley del Seguro Social, reglamente específicamente una fracción del apartado A del artículo 123 constitucional, y la otra sólo regula una determinada materia, como lo es en el caso, la Ley Aduanera. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-1, enero a junio de 1988, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 394.

2. La rigidez constitucional

La rigidez de una Constitución se produce siempre que en determinado texto constitucional existan procedimientos diferenciados para la aprobación de las leyes y para la aprobación de las reformas constitucionales.

Dicha diferenciación puede hacerse de varias maneras. Se puede establecer que sea el mismo órgano el que lleve a cabo ambos tipos de reformas, pero siguiendo un procedimiento distinto, normalmente más complejo para el caso de las reformas constitucionales. En este sentido, se pueden requerir mayorías calificadas o supercalificadas para aprobar una reforma constitucional, o se puede necesitar de un procedimiento que implique un periodo más largo de tiempo; bajo sistemas parlamentarios se puede incluso requerir que cuando se propone una reforma constitucional se disuelva el Poder Legislativo y se convoque a nuevas elecciones de forma que sean los nuevos legisladores los que se encarguen de votar la iniciativa propuesta por la legislatura precedente.

Otra posibilidad es que las reformas legales y las reformas constitucionales sean llevadas a cabo por órganos diferentes. Concretamente, el derecho comparado ofrece bastantes ejemplos de textos constitucionales que solamente pueden ser reformados por asambleas convocadas con ese único objeto, o bien por órganos que tienen una composición compleja: integrados tanto por el Poder Legislativo federal como por los poderes legislativos locales, por mencionar un ejemplo que puede darse en un Estado organizado federalmente.

Las Constituciones rígidas se suelen oponer para efectos pedagógicos a las Constituciones flexibles. Son flexibles aquellas Constituciones que pueden ser modificadas siguiendo el mismo procedimiento para la aprobación o modificación de las leyes.

En un sistema constitucional que cuente con una Constitución flexible, como ha señalado Riccardo Guastini, la Constitución y la ley tienen la misma fuerza, se encuentran ubicadas en un mismo nivel jerárquico. En consecuencia, el principio que regula sus relaciones no es el de *lex superior derogat inferiori*, sino el de *lex posterior derogat priori*, la ley (la norma, mejor dicho) posterior en el tiempo deroga a la anterior. Esto significa, además, que si una ley contiene una disposición contraria a la Constitución, dicha ley se entiende no como una violación constitucional, sino como una modificación a lo dispuesto por el texto de la Constitución.¹⁴²

¹⁴² Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 235 y ss.

La distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas fue elaborada originalmente por James Bryce en una obra clásica sobre el tema.¹⁴³ En la actualidad dicha distinción ha perdido en buena medida su relevancia práctica, puesto que la enorme mayoría de los textos constitucionales contemporáneos son rígidos. Por ello, hoy en día se habla más de grados de rigidez, que de rigidez o flexibilidad *tout court*.¹⁴⁴

El grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para su propia reforma. Con un grado máximo de rigidez se encuentran las Constituciones que no permiten cambiar ninguna de sus disposiciones; en realidad, en esos casos, se habla de “Constituciones petrificadas”, más que de Constituciones rígidas. Hay otras Constituciones que no permiten la revisión de algunas de sus disposiciones, consagrando por tanto espacios intocables para la acción del poder reformador de la Constitución. En este último supuesto se encuentran por ejemplo la Constitución italiana de 1947, que no permite la revisión de la forma republicana del Estado italiano (artículo 139), y la Constitución alemana de 1949, que no permite la reforma de la división de la Federación en Estados, el principio de cooperación de los Estados en la potestad legislativa o los principios de sus artículos 1o. y 20 (artículo 79.3).¹⁴⁵ Otras Constituciones, en fin, contienen un doble proceso de reforma: uno más complejo, normalmente reservado para las modificaciones que afecten a los derechos fundamentales y a los principios básicos de la organización estatal; y otro procedimiento que sirve para modificar las disposiciones no esenciales que se contienen en la Constitución: es el caso de la Constitución española de 1978 (artículos 167 y 168).

Algunos autores distinguen entre una rigidez “débil” y una rigidez “fuerte”.¹⁴⁶ La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma debe hacerse o bien por un órgano especial distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el Poder Legislativo ordinario pero a través de un procedimiento dificultado, de modo que las leyes no pueden contrariar la Constitución bajo la pena de ser ilegítimas, es decir, inválidas. La rigidez “fuerte”, por su parte, es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, establecen también un control jurisdiccional de la legislación

¹⁴³ Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

¹⁴⁴ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 50; Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 189.

¹⁴⁵ Otro ejemplo se encuentra en el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁴⁶ Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 73 y 74.

que se encarga de verificar, llegado el caso, si una norma legislativa o infralegislativa vulnera o contraría la norma constitucional y procede a anularla si así fuera.

La Constitución mexicana de 1917 puede ser calificada como una Constitución rígida en un doble sentido. Por una parte tiene un procedimiento de reforma, establecido en su artículo 135, diferente —más complicado— que el que se utiliza para la legislación ordinaria (tiene incluso un procedimiento rígido en extremo, previsto en el artículo 73 fracción III). Por otro lado, el procedimiento de reforma es llevado a cabo por un órgano diferente al que se encarga de expedir y reformar las leyes; el poder reformador de la Constitución se integra no solamente por las dos cámaras del Congreso de la Unión, sino también por las legislaturas de los Estados.

Sin embargo, la rigidez constitucional, a pesar de estar recogida expresamente en el texto de la carta magna, no ha sido una realidad en su funcionamiento práctico. Puede decirse, de hecho, que la Constitución ha sido reformada incluso con mayor facilidad que algunas de las leyes inferiores: prácticamente ninguna ley ha sufrido tantas reformas como el texto constitucional. Una parte considerable de esas reformas ha tenido que ver con los derechos fundamentales; en general, las reformas sobre los derechos han sido positivas, pues han tenido como objetivo superar las deficiencias que tenía el catálogo original de 1917 en la materia que nos ocupa.

La rigidez no solamente debe estar prevista en el texto de la Constitución, sino también ser observada en la práctica política de un Estado. Los gobernantes deben aprender a ver los beneficios a largo plazo de la estabilidad constitucional frente a los beneficios inmediatos que les pueda reportar una reforma a la carta magna. Por desgracia, en la medida en que la Constitución de 1917 ha acumulado en su texto una serie de disposiciones de detalle que no tienen nada que hacer dentro de una carta fundamental y en virtud de que esas disposiciones son en buena parte reflejo de las preferencias de un determinado tipo de régimen político que actualmente ya no existe, las reformas se van a tener que seguir dando en los próximos años.

En términos generales puede afirmarse que en México la necesidad de acudir a constantes reformas constitucionales, aparte de lo que ya se ha dicho, se debe a la falta de interpretación constitucional; es la interpretación constitucional lo que ha permitido que por ejemplo en Estados Unidos la Constitución siga siendo un texto vivo y aplicable cotidianamente después de más de tener más de dos siglos de vigencia y contando con menos de 30 reformas en toda su historia. En la medida en que nuestros jueces vayan sentando criterios más sustantivos en el tema de los derechos fundamentales se irá reduciendo la necesi-

dad de acudir constantemente a la reforma constitucional. Esos criterios, sin embargo, deberán estar nutridos previamente con buenos análisis teóricos y con una sólida educación jurídica, la cual a su vez estará a cargo tanto de las escuelas y facultades de derecho en general, como de las escuelas de formación judicial en particular.

Tanto la supremacía como la rigidez constitucional tienen gran importancia para la teoría de los derechos fundamentales. Una y otra protegen a esos derechos frente a las acciones de los poderes públicos y de los particulares. ¿Cómo podría ser defendido un derecho fundamental frente a un acto legislativo si la Constitución no fuera rígida? ¿Cómo podría imponerse, por mencionar un caso, el derecho a la vivienda digna frente a la administración pública si no tuviéramos claro que la Constitución está por encima de las decisiones administrativas? ¿Cómo podrían juzgar los tribunales federales si un acto viola la Constitución sin acudir a los conceptos de supremacía y rigidez constitucional? Debido a esa importancia es que se ha considerado oportuno incluir, dentro de este libro, tanto el apartado anterior como el presente, puesto que, aunque es cierto que los temas tratados tienen que ver más con la teoría general de la Constitución que con la teoría de los derechos fundamentales, es igualmente verdad que sin tener claros estos conceptos muy poco se puede avanzar en el tema de los derechos. Y lo mismo puede aplicarse al tema de la garantía —o sea de la protección que merecen los derechos—, sobre el que nos detenemos en el apartado siguiente.

3. *La garantía de los derechos fundamentales*

Tal vez sea en las técnicas de garantía donde las Constituciones actuales se jueguen su prestigio y su lugar dentro de las complejas sociedades contemporáneas. Poco es lo que puede hacer y significar una Constitución dentro del entramado estatal si no se reconocen de forma efectiva y real (es decir, si no se garantizan) los derechos fundamentales, puesto que tales derechos, como se ha señalado acertadamente, “actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución”.¹⁴⁷ Para que los derechos se hagan realidad se requiere de potentes instrumentos de control de la constitucionalidad, o mejor dicho, de un sistema completo de garantía de la Constitución.

¹⁴⁷ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 90.

Para que ese sistema de defensa pueda ser eficaz hay que tener presente que cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento,¹⁴⁸ pues como dice Ignacio de Otto, “si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esa Constitución serán constitucionales sólo en el sentido de que están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma”.¹⁴⁹

Otro concepto que debe considerarse al tratar el tema de la defensa constitucional es el del control, el cual a su vez es indispensable para hablar de una Constitución normativa. Para Manuel Aragón, “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se ‘realice’... o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad”.¹⁵⁰ Dificilmente cabe hablar hoy en día de Constitución normativa sin control de constitucionalidad de las leyes y sin que los jueces puedan confrontar con la Constitución todos los actos de los poderes públicos y aquellos actos de los poderes privados que también incidan en la órbita de los derechos fundamentales.¹⁵¹

El funcionamiento práctico de los sistemas de garantía de los derechos, a pesar de los innegables avances teóricos y dogmáticos que se han registrado en los últimos años, no siempre ha tenido el impacto que sería deseable. Tiene razón Pedro de Vega cuando afirma que

esos generosos esfuerzos teóricos, y ese admirable sistema de garantías, establecido y generalizado en la mayoría de las Constituciones del mundo, no siempre se han visto coronados por el éxito... desde el punto de vista práctico, la realidad nos muestra con inexorable tozudez cómo, incluso en las democracias más consolidadas, el aparatoso desarrollo constitucional de instituciones de salvaguarda de la libertad, termina siendo en múltiples ocasiones más que el bastión efectivo protector de so-

148 Hay que tener presente, sin embargo, como Norberto Bobbio nos lo recuerda, que el establecimiento de una sanción jurídica no es una propiedad de *todas* y cada una de las normas del ordenamiento, y desde luego, vale agregar, no lo es de la Constitución, sino del ordenamiento en su conjunto; *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Editorial Debate, 1991, pp. 124 y ss.

149 Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 18.

150 “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987, pp. 15-52 (la cita en p. 16).

151 Sobre el tema de los derechos fundamentales como derechos oponibles a los particulares se abunda más adelante.

ciudades de hombres libres, un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, de la inanidad o de la impotencia.¹⁵²

El conjunto de instrumentos de protección de los derechos fundamentales que tenemos en México da buena cuenta de la razón que le asiste a De Vega.

Por el desarrollo que se ha dado en los últimos años, quizá sea pertinente dividir los mecanismos de protección de los derechos en: *a)* mecanismos internos y *b)* mecanismos internacionales. Hacer un estudio exhaustivo de los diversos procedimientos por medio de los que se pueden proteger los derechos fundamentales en México no es posible en este momento, pues con seguridad requiere de un tratamiento monográfico y separado del que merece la parte sustantiva de los derechos fundamentales, que es de lo que trata este libro. En este contexto, se harán solamente unas muy someras referencias, destinadas sobre todo a posibilitar el mejor entendimiento de lo que más adelante se irá exponiendo en los diversos capítulos de la obra.¹⁵³

Recordemos que Luigi Ferrajoli ha explicado que las garantías de los derechos fundamentales pueden dividirse en primarias y secundarias; las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.¹⁵⁴ Como podrá ver el lector en seguida, en los apartados siguientes haremos referencia a las “garantías secundarias” que existen en México (a algunas de ellas solamente).

Es importante poner de manifiesto que no hay que confundir la inexistencia de una garantía con la inexistencia del derecho que esa garantía debe proteger; en otras palabras, un derecho existe por el hecho de que está previsto en un texto normativo, con independencia de que existan los mecanismos que garanticen su preservación en caso de que sea violado.

Un criterio diferente ha sido sostenido, entre otros por Riccardo Guastini.¹⁵⁵ Para Guastini son “verdaderos derechos” aquellos que responden conjuntamente a tres condiciones: *a)* son susceptibles de tutela jurisdiccional; *b)* pue-

¹⁵² Vega, Pedro de, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwerking der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 687 y 688.

¹⁵³ El estudio más completo sobre los procesos a través de los cuales se articula la defensa constitucional (incluyendo, como es obvio, la de los derechos fundamentales) que se ha publicado en México es el de Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, 4 ts.

¹⁵⁴ “Garantías”, *cit.*, p. 40.

¹⁵⁵ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, pp. 213 y ss.

den ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión.¹⁵⁶ Son derechos “sobre el papel” o “derechos ficción” todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones. Guastini pone como ejemplo de “derechos ficticios” a los derechos sociales; tales derechos, de acuerdo con nuestro autor, no son justiciables y, “en realidad no confieren ningún ‘verdadero’ derecho”, ya que no se puede ubicar con precisión a ninguna contraparte a la que poder exigírselos.

Guastini acierta plenamente al señalar el carácter ambiguo de los derechos sociales y la necesidad de intervención legislativa para hacerlos aplicables y, bajo determinadas circunstancias, justiciables.¹⁵⁷ Pero creo que al hacer depender el carácter de “verdaderos derechos” de la existencia de una contraparte precisa o de la posibilidad de acudir ante un juez para hacerlos valer está rebajando la normatividad de la Constitución y viendo solamente una parte del problema.

Frente a la visión de Guastini, Ferrajoli afirma la ya mencionada independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías.¹⁵⁸ Para Ferrajoli

es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.¹⁵⁹

De acuerdo con Ferrajoli, ante la falta de una norma que señale a un sujeto concretamente obligado a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un “no-derecho” (o “derecho ficticio”), sino

¹⁵⁶ *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 221.

¹⁵⁷ Sobre estos problemas se abundará en el capítulo cinco de este libro.

¹⁵⁸ Dicha independencia había sido advertida, desde hace años aunque sin extraer todas las consecuencias que explicita Ferrajoli, por Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987, pp. 23-46.

¹⁵⁹ “Derechos fundamentales”, en su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 59. Guastini y Ferrajoli han protagonizado, entre otros teóricos y filósofos del derecho italianos, varias de las discusiones más importantes de los últimos años en torno a la cuestión de los derechos fundamentales; véase por ejemplo el trabajo de Guastini, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 57-62.

frente a dos tipos de lagunas. Frente a *lagunas primarias* en el caso en que una norma no señale a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a *lagunas secundarias* en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación.¹⁶⁰

Además de lo anterior, es importante resaltar que las vías de tipo jurisdiccional no son las únicas para defender los derechos fundamentales. En las democracias pluralistas del presente son varios los caminos que recoge el ordenamiento para hacer valer los derechos: unos jurisdiccionales, otros de carácter político-deliberativo y otros, en fin, simplemente sociales en sentido amplio. El propio Guastini reconoce que la garantía jurisdiccional es la típica, pero no la única: operan como garantías de los derechos, afirma, “todas las técnicas de organización constitucional que se pueden reconducir a la separación de poderes y, por eso mismo, a la creación de contrapoderes”.¹⁶¹

Teniendo presente pues la distinción necesaria entre los “derechos” y sus “garantías”, pasamos a exponer algunas cuestiones sumarias sobre la protección que los derechos tienen en México.

A. Las garantías internas

Normalmente la protección de la Constitución se encomienda, sobre todo desde la segunda posguerra mundial, a unos órganos especializados que desempeñan, entre otras funciones, lo que Mauro Cappelletti ha llamado la “jurisdicción constitucional de la libertad”.¹⁶²

En los últimos años, sin embargo, los instrumentos de tutela de los derechos se han ido enriqueciendo a través de la incorporación en los textos constitucionales de nuevos procedimientos y autoridades encargadas de vigilar su observancia.

El esquema de defensa de la Constitución en México, en términos generales, incluye los siguientes mecanismos:¹⁶³

a) El juicio de amparo (artículos 103 y 107).

¹⁶⁰ “Derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁶¹ *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, p. 220.

¹⁶² *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961; *id.*, *Justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, UNAM, 1987; *cfr.*, además, Fix-Zamudio, H., “La defensa de la Constitución”, en la obra colectiva del mismo nombre, México, UNAM, 1984, trabajo también incluido en la recopilación de ensayos del mismo autor *Justicia constitucional*, ombudsman y derechos humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993, pp. 253 y ss.

¹⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, pp. 67 y ss.

- b) La controversia constitucional (artículo 105 fracción I).
- c) La acción de inconstitucionalidad (artículo 105 fracción II).
- d) La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97 párrafos segundo y tercero).
- e) El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (artículo 99 fracción V).
- f) El juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99 fracción IV).
- g) El juicio político (artículo 110); y
- h) El procedimiento ante los organismos que componen el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos (artículo 102 apartado B).

De los medios de defensa constitucional que se acaban de mencionar, para el efecto de la exposición de los capítulos siguientes nos interesan fundamentalmente dos: el juicio de amparo y el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales. Los demás mecanismos también son muy relevantes para la tutela de los derechos fundamentales, pero son los dos mencionados los que tienen mayor importancia para efectos de permitir una correcta comprensión del sistema de derechos fundamentales en México. Repito que la exposición que sigue no pretende realizar un estudio de detenido de ambos mecanismos, sino simplemente suministrar los datos básicos para que el lector cuente con elementos suficientes para comprender más fácilmente algunas cuestiones que serán abordadas en los capítulos posteriores.

a. El juicio de amparo

De los mecanismos que se acaban de mencionar, vamos a estudiar en este apartado el juicio de amparo. En el siguiente apartado expondremos de forma somera lo relativo al *ombudsman*.

En México, el instrumento protector de los derechos por excelencia ha sido el juicio de amparo, regulado a nivel constitucional por los artículos 103 y 107 de la carta magna. Durante años el amparo fue la única vía para hacer valer los derechos fundamentales, pero conforme ha ido evolucionando la sociedad mexicana y se han hecho presentes nuevas necesidades de protección, poco a poco ha sido percibido como un instrumento claramente insuficiente. Hay dos aspectos concretos que conviene mencionar en este momento para hacer evidentes las limitaciones del amparo en la protección de los derechos, si bien son temas que deberán profundizarse en un texto distinto a este libro, que se dedique en exclusiva al estudio del propio amparo.

Los dos aspectos a los que me refiero son, por un lado, la muy estrecha *receptividad* —si se me permite el término— del amparo con respecto a ciertas

demandas, debido a las barreras que para la legitimación activa se contienen tanto en la Constitución como en la ley de amparo y en la jurisprudencia. Para decirlo en otras palabras, el amparo tiene una puerta muy pequeña de entrada, lo cual hace muy difícil —y en algunos casos imposible— plantear ciertas violaciones de derechos ante la justicia federal mexicana. Así sucede en buena medida por ejemplo con los llamados derechos difusos, con algunos derechos sociales (derecho a la salud, derecho al medio ambiente, derecho a la educación, derecho a la vivienda, entre otros) y con las violaciones de derechos que, siendo tales, no repercuten sobre una o más personas en lo individual, sino que presentan más bien perjuicios colectivos (desarrollo urbano, medio ambiente, políticas públicas, cuestiones de orden presupuestal en relación con el financiamiento de los derechos, recorte de derechos, etcétera). El origen de este problema seguramente se ubica en la fracción I del artículo 107 constitucional cuando señala que “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada”; esta necesidad de acreditar el agravio para hacer procedente la demanda de amparo y el concepto mismo de “parte” que ha sido interpretado de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, constituyen una primera limitación muy seria del juicio de amparo.¹⁶⁴

Por otro lado, el segundo aspecto que limita de forma importante al amparo es la *estrechez* de los efectos de las sentencias dictadas por los órganos de la justicia federal y concretamente la estrechez de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma general y abstracta (ley, tratado, reglamento, acuerdo, circular). Como se sabe, la fracción II del artículo 107 constitucional contiene lo que se denomina, por razones de orden histórico, “fórmula Otero”, que no es otra cosa más que la disposición por medio de la cual los efectos de la sentencia de amparo son relativos y no generales, toda vez que solamente se aplican a las partes que concurrieron al juicio (parte demandante y parte demandada) sin que, por regla general, puedan extenderse a otros supuestos o a otros agraviados que no hayan sido partes. La primera parte del texto de la fracción II del artículo 107, que es la que ahora interesa, dispone lo siguiente: “La sentencia (en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

La eliminación de la “fórmula Otero” ha sido demandada desde hace muchos años y con muy interesantes argumentos por juristas como Héctor Fix-Za-

¹⁶⁴ Sobre el tema, Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

mudio.¹⁶⁵ Sin embargo, el principio de relatividad también tiene sus defensores, quienes incluso sostienen que es justamente debido a esta fórmula que se ha salvado el juicio de amparo, porque de otro modo el Poder Judicial federal no habría podido resistir las “presiones” de los otros poderes.

Me parece que existen importantes argumentos que justifican, para una mejor protección de los derechos fundamentales en México, que se derogue la “fórmula Otero”. Los principales son los tres siguientes:

a) Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actuó dentro de un procedimiento se provoca una importante desigualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías.¹⁶⁶ Esto supone la *consagración jurídica de la desigualdad*, pues desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos.¹⁶⁷ En este sentido, se puede sostener que la “fórmula Otero” choca con uno de los principios más elementales de la democracia: aquel de acuerdo con el cual la ley debe tratar a todos los ciudadanos por igual, evitando situaciones que pueden representar una discriminación *de iure* entre ellos.

Sumado a la discriminación jurídica que generan, los efectos relativos de las sentencias de amparo también producen un estancamiento de los flujos de inversión privada que deberían llegar a diversos sectores de la economía nacional, pues con tales efectos se mantienen varias facultades del gobierno y la burocracia que son inconstitucionales. Su derogación, se dice, “favorecería el Estado de derecho y la credibilidad de la institución judicial”.¹⁶⁸

b) Al no permitirse la declaración general de inconstitucionalidad se va en contra del principio de economía procesal, pues se obliga a los ciudadanos afectados a tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia. De hecho, se ha llegado al absurdo de que para el caso de algunas leyes como en el pasado lo fue la reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. constitucionales en materia de profesiones, el juicio de amparo se considere un trámite más (como llenar un formulario, entregar unas fotografías o pagar en el banco los derechos correspondientes)

¹⁶⁵ Ver por ejemplo su trabajo “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 1999, pp. 183 y ss.

¹⁶⁶ Fix-Zamudio, “La declaración general...”, *cit.*, p. 231.

¹⁶⁷ Sobre el sentido de la igualdad constitucional abundaremos en el capítulo dos *infra*.

¹⁶⁸ Rubio, Luis, “Un marco institucional obsoleto”, *El Mercado de Valores*, México, año LIX, núm. 10/99, Nacional Financiera, octubre de 1999, pp. 47 y 48.

dentro de los que había que cumplir para que a los extranjeros les fuera expedida su cédula profesional.¹⁶⁹

c) Finalmente, un tercer argumento importante es que con la “fórmula Otero” se burla de forma ostensible el principio de supremacía constitucional, pues se condiciona la superioridad de la carta magna al hecho de promover y ganar un amparo; es decir, para todos aquellos que por ignorancia, por falta de recursos o por no haber podido superar los innumerables tecnicismos consagrados en la Ley de Amparo no han podido obtener una sentencia favorable de los jueces federales, la supremacía constitucional es puro papel mojado, pues se les siguen aplicando las leyes, reglamentos o tratados que ya han sido considerados inconstitucionales.

La supremacía constitucional no puede limitarse a las partes que participaron en un juicio, sino que debe ser concebida como una fuerza irresistible que arrastra a las normas inconstitucionales fuera del ordenamiento jurídico; de otra manera la Constitución no sería en realidad una norma suprema, sino una norma cuya superioridad estaría sujeta a que se realizaran una serie de variables en ausencia de las cuales valdrían más las otras normas (que se supone están por debajo de ella dentro de la construcción jerárquica del ordenamiento). Hans Kelsen, al construir su magnífica teoría del control de constitucionalidad (mismo que, en su visión, debía de llevar a cabo un tribunal constitucional separado del Poder Judicial ordinario), justificaba la necesidad de dicho control con las siguientes palabras: “Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —sin poder anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.¹⁷⁰ Lo mismo viene a decir, años después y con otras palabras, Luigi Ferrajoli cuando afirma que “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.¹⁷¹

Me he querido detener en el tema de la “fórmula Otero” y en el debate que se ha suscitado alrededor de su posible desaparición porque es un asunto que refleja como ningún otro las limitaciones que existen en México en materia de protección de derechos fundamentales; es decir, si no somos capaces ni siquie-

¹⁶⁹ El ejemplo, en verdad esperpéntico, es narrado por Fix-Zamudio, “La declaración general...”, *cit.*, pp. 231 y 232.

¹⁷⁰ *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2001, p. 95.

¹⁷¹ *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés y otros, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 852.

ra de prever mecanismos de tutela de los derechos que respeten el principio de supremacía constitucional y resguarden la igualdad ante la ley de todas las personas que se encuentren en el territorio nacional —que son condiciones mínimas para que cualquier Estado moderno pueda considerarse democrático—, es obvio que todo lo que se diga sobre los derechos va a tener una escasa repercusión al momento en que deban ser protegidos. Ya se ha señalado que es importante distinguir entre los derechos y sus mecanismos de garantía, de forma que la falta de tutela jurisdiccional de un derecho no signifique por sí sola la negación de la existencia del derecho mismo. Pero a ese entendimiento sigue, como lo ha explicado Ferrajoli, la responsabilidad de la teoría jurídica para llamar la atención sobre la falta de garantías para ciertos derechos, a fin de que esa laguna sea correctamente llenada; con ese objetivo se ha expuesto la problemática de la “fórmula Otero”.

El juicio de amparo ha permitido la tutela de los derechos fundamentales (no de todos, según lo que ya vimos) debido a que agrupa bajo un solo instrumento una serie de procedimientos que en otros países están regulados de forma separada. Por ejemplo, bajo el procedimiento de amparo se puede plantear en México la inconstitucionalidad de una ley, se puede preservar la libertad personal a través del llamado “amparo *habeas corpus*”, se pueden combatir actos jurídicos de la administración pública, se puede proteger la propiedad comunal de la tierra y se pueden combatir las sentencias judiciales.¹⁷² Es decir, el amparo mexicano es un instrumento de carácter complejo bajo cuyo rubro genérico en realidad se esconden procedimientos de signo muy diverso que quizá en el futuro sea aconsejable separar a fin de obtener mayores rendimientos prácticos gracias a una regulación sectorial de los mismos, que asigne a cada uno de ellos las peculiaridades necesarias para contar con una mejor protección de los derechos fundamentales.

b. El *ombudsman*

Aparte del juicio de amparo, el mecanismo interno de defensa de la Constitución que interesa más para la temática de este libro es el del sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, instrumentado a través de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de las comisiones estatales de derechos humanos.

¹⁷² Sobre los “sectores” del amparo mexicano, Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el juicio de amparo*, cit., pp. 18 y ss.

La regulación constitucional del *ombudsman* en México se encuentran en el apartado B del artículo 102 de la carta magna.¹⁷³ El texto de ese apartado es el siguiente:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de esta Constitución.

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

¹⁷³ Sobre la regulación constitucional del *ombudsman*, cfr. Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 1998. Para la ubicación del sistema mexicano de protección no jurisdiccional de derechos humanos en el amplio movimiento mundial para la adopción de la figura del *ombudsman*, Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*", en su libro *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, pp. 347 y ss.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Lo que más nos interesa de ese precepto son tanto la naturaleza de los órganos que crea, determinada fundamentalmente por su ubicación orgánica respecto al resto de poderes del Estado y por el tipo de resoluciones que pueden dictar, así como la competencia principal que les asigna la Constitución.

Por lo que hace a su ubicación orgánica, la CNDH es, de acuerdo con el texto del artículo 102, un órgano constitucional autónomo, como lo son también, en nuestro ordenamiento, los tribunales agrarios, el Banco de México y el Instituto Federal Electoral.¹⁷⁴

Como se sabe, los órganos constitucionales autónomos tienen las siguientes características:

a) Configuración inmediata por la Constitución; esto significa que es el propio texto constitucional el que prevé su existencia, pero sin limitarse simplemente a mencionarlos, sino determinando su composición, los métodos de designación de sus integrantes, su estatus institucional y sus competencias principales.

b) Una segunda característica de estos órganos es que resultan centrales para la configuración del modelo de Estado y, en este sentido, se vuelven necesarios e indefectibles en la medida en que si desaparecieran se vería afectada la globalidad del sistema constitucional o el buen funcionamiento del modelo de “Estado de derecho”.

c) Una tercera característica es que estos órganos participan en la dirección política del Estado, esto es, inciden en la formación de la voluntad estatal, ya sea en los procesos de toma de decisiones o en la solución de conflictos al interior del Estado de que se trate.

d) Los órganos constitucionales autónomos se ubican fuera de la estructura orgánica de los poderes tradicionales. Esto significa que no se pueden adscribir orgánicamente a ninguno de esos poderes: no forman parte de la administración pública (en ninguna de sus variables), ni del Poder Legislativo, ni tampoco del judicial.¹⁷⁵ Esta independencia orgánica se manifiesta no solamente a través de la ausencia de controles burocráticos, sino también con la existencia

¹⁷⁴ Al respecto, Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 103 y ss.

¹⁷⁵ Sobre el sentido y los alcances de la “no pertenencia” de estos órganos a los poderes tradicionales, ver Salvador Martínez, María, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.

de una cierta autonomía financiera o garantía económica a favor del órgano constitucional; de otra forma, la independencia orgánica podría verse fácilmente vulnerada a través de la asfixia en el suministro de los recursos económicos. La obligación para el legislador de otorgar los fondos necesarios para el desempeño de las funciones de los órganos constitucionales autónomos formaría parte de la “garantía institucional” que se menciona párrafos adelante y que la Constitución les asegura, pues no se trata nada más de tener un ámbito de competencias constitucionalmente determinado, sino también de que ese ámbito cuente con los medios suficientes para poder ser actuado y actuable en la realidad cotidiana del Estado.

E) Otra característica de estos órganos, derivada justamente de su no incorporación orgánica dentro de ninguno de los tres poderes tradicionales que se acaban de señalar en el punto anterior, es que tienen una “paridad de rango” con los demás órganos y poderes, de tal forma que no se encuentran subordinados a ellos. Esto no significa, sin embargo, que las decisiones de los órganos constitucionales autónomos no sean controlables o revisables, por ejemplo, por el Poder Judicial.

Para sintetizar lo anterior, se puede afirmar que los órganos constitucionales autónomos: *a)* son creados de forma directa por el texto constitucional; *b)* cuentan con una esfera de atribuciones constitucionalmente determinada, lo cual constituye una “garantía institucional” que hace que tal esfera no esté disponible para el legislador ordinario (esto significa que la ley no podrá afectar ese ámbito competencial garantizado por la Constitución e, incluso, no solamente no lo podrá afectar sino que tendrá que asegurarlo y dotarlo de efectividad a través de la regulación concreta que por vía legislativa se haga de los mandatos constitucionales); *c)* llevan a cabo funciones esenciales dentro de los Estados modernos, y *d)* si bien no se encuentran orgánicamente adscritos o jerárquicamente subordinados a ningún otro órgano o poder, sus resoluciones —a menos que se trate de órganos límite, como lo puede ser un tribunal constitucional— son revisables según lo que establezca la Constitución de cada país.

Los órganos constitucionales autónomos deben ser distinguidos de los llamados “órganos auxiliares” u “órganos de relevancia constitucional”. Estos últimos compartirían algunas, pero no todas, de las características que definen a los órganos constitucionales autónomos. Normalmente, la característica que les falta es la que tiene que ver con la no inclusión en la estructura orgánica de alguno de los poderes tradicionales. En este sentido, serían órganos auxiliares o de relevancia constitucional, por mencionar ejemplos que existen en el ordenamiento jurídico mexicano, la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, dependiente de la Cámara de Diputados (artículo 79 de la Constitu-

ción); el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 constitucional) y el Tribunal Electoral (artículo 99 de la Constitución), ambos integrados dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación. En estos tres casos es la propia Constitución la que los crea y les asegura un ámbito competencial propio y definido, concediéndoles en algunos supuestos incluso facultades de órganos límite, es decir, de órganos que toman decisiones no revisables por ninguna otra instancia, pero manteniéndolos orgánicamente ubicados dentro de uno de los poderes tradicionales. En el derecho constitucional comparado existen muchas variedades de órganos auxiliares o de relevancia constitucional, como los tribunales de cuentas o los consejos económicos y sociales.

De acuerdo con el párrafo cuarto del apartado B del artículo 102 constitucional, la CNDH tiene autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. Por el mecanismo de nombramiento y remoción de sus principales órganos (la Presidencia y el Consejo Consultivo), así como por su ubicación fuera de los tres poderes tradicionales podemos sostener, como ya se ha dicho, que se trata de un órgano constitucional autónomo. En términos del mismo apartado B del artículo 102, los miembros del Consejo Consultivo son nombrados por mayoría calificada (dos terceras partes de los miembros presentes) del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente por medio de la misma votación calificada. De la misma manera es elegido el presidente de la Comisión, quien dura en su encargo cinco años, pudiendo ser reelecto para un periodo adicional con la misma duración. El presidente de la Comisión debe rendir anualmente un informe de sus actividades ante los poderes de la Unión.

Sobre la competencia de la Comisión, el artículo 102 apartado B realiza cuatro precisiones, dos en sentido positivo y dos en sentido negativo. Las dos primeras, en sentido positivo, señalan la competencia de la CNDH para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público que violen los derechos humanos y para conocer de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas. Las dos precisiones competenciales en sentido negativo son las que señalan que la CNDH no podrá conocer de quejas contra el Poder Judicial de la Federación y que tampoco tendrá competencia en asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales. La primera de esas limitaciones ha ge-

nerado bastantes discusiones y es probable que, en el futuro, pudiera ser removida del texto constitucional.¹⁷⁶

Aparte de la competencia, una de las cuestiones que más ha llamado la atención de los juristas mexicanos desde la creación de la CNDH es la que se refiere al tipo de resoluciones que puede dictar. Recordemos que el párrafo segundo del apartado B del artículo 102 constitucional dispone que la Comisión podrá formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Respecto de las denuncias y quejas no parece haber mucho que discutir: en efecto, toda autoridad pública que tenga conocimiento de un hecho que pueda ser sujeto de responsabilidad de cualquier tipo está obligada a interponer una queja o una denuncia ante la autoridad competente para el efecto de que esa responsabilidad puede ser correctamente deslindada. Las dudas han surgido más bien por lo que hace al carácter de las recomendaciones. A muchos abogados tradicionales no les ha gustado que una autoridad pública emita “simples recomendaciones”, que según ellos serían como llamadas a misa si no van acompañadas del signo más característico de los actos de autoridad: la coerción, es decir, la amenaza de aplicar la fuerza en caso de que no se observe lo que ordena el acto de autoridad en cuestión. Es por eso que con frecuencia se oyen opiniones que claman por que las recomendaciones de la Comisión sean obligatorias, desconociendo de ese modo los orígenes de la institución y el papel que está llamada a desempeñar en el sistema constitucional mexicano.

Las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias ni lo podrían ser porque la lógica que rige el funcionamiento de los *ombudsmen* no se basa en el respaldo de la fuerza, sino en el respaldo que, en los Estados democráticos, da la autoridad moral de quien emite una recomendación. Para decirlo en otras palabras, la fuerza de la Comisión no descansa en el hecho de que sus recomendaciones puedan ser obligatorias, sino en el hecho de que sea una institución que genere confianza popular y cuyas resoluciones estén apoyadas solamente en hechos irrefutables, de forma que las autoridades que no estén dispuestas a observar su contenido se hagan merecedoras de un profundo descrédito en la opinión pública. Ese descrédito les puede parecer poco a los juristas tradicionales, pero en un Estado democrático es muy importante, puesto que una reprobación de la opinión pública puede tener efectos mayores incluso a los que tendría el imponer una sanción contra un determinado funcionario.

¹⁷⁶ Un buen panorama de las posibilidades que los *ombudsmen* tienen en relación con el poder judicial puede verse en el libro colectivo, *El ombudsman judicial*, México, CNDH, 1993.

Es algo que no resulta fácil de entender para quienes han oído desde los primeros cursos de la carrera que la característica esencial del derecho es el uso de la fuerza para hacer cumplir lo que establecen las normas jurídicas; quizá fuera así para una visión exclusivamente positivista del ordenamiento jurídico, cuyo análisis se desarrollaba en el plano de la más estricta legalidad; hoy en día, sin embargo, los análisis jurídicos deben tomar en cuenta otra noción igualmente importante: la de legitimidad. Ese es el objetivo de las recomendaciones de la Comisión: si un funcionario público no las cumple verá minada su legitimidad para permanecer en el puesto, aunque nada en su desempeño pueda ponerse en duda desde la óptica de la legalidad (por lo que hace al cumplimiento de la recomendación, no por lo que respecta al acto que da lugar a la misma, que evidentemente sí que debe haber supuesto una violación de la legalidad).

Como quiera que sea y dejando de lado las dudas que pueda suscitar su funcionamiento o el alcance de las recomendaciones, lo cierto es que la creación de la CNDH es uno de los mayores aciertos del poder reformador de la Constitución en los últimos años. La mejor prueba de ello es que la Comisión aparece, encuesta tras encuesta, como la institución pública nacional que, junto con el Instituto Federal Electoral, suscita los mayores índices de confianza ciudadana, lo cual es un logro que hay que valorar muy positivamente.¹⁷⁷ Desde que existe la Comisión los derechos fundamentales están mejor protegidos en México, lo que no significa, desde luego, que hayan desaparecido las violaciones a los mismos, sino simplemente que contamos con un instrumento más de protección que, en términos generales, ha demostrado con creces su utilidad y buen funcionamiento.

B. Las garantías internacionales

En el anterior apartado nos hemos referido a algunos instrumentos internos de protección de los derechos fundamentales (juicio de amparo y *ombudsman*); en éste analizaremos los medios de protección “externos”, es decir, los que están previstos por el sistema jurídico internacional. Particularmente, es importante hacer una breve referencia a dos de ellos: a) el sistema interamericano de protección de los derechos (que tiene como instituciones protagonistas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, y a la

¹⁷⁷ Los datos concretos sobre la credibilidad y confianza de la ciudadanía en la CNDH pueden verse por ejemplo en Luján Ponce, Nohemí, “Credibilidad y confianza políticas: elementos para un diagnóstico de la cultura política en México”, en VV. AA., *Deconstruyendo la ciudadanía. Avances y retos en el desarrollo de la cultura democrática en México*, México, Segob, Miguel A. Porrúa, 2002, pp. 391-394.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica), y b) el Tribunal Penal Internacional.

Insisto en que las referencias a ambos instrumentos de tutela serán muy breves y superficiales debido a que su estudio detenido debe hacerse en los textos especializados en el tema del “derecho procesal constitucional” o de la “defensa de la Constitución”; el análisis de los siguientes párrafos tiene por único objetivo suministrar el conocimiento mínimo indispensable para entender el desarrollo temático de los siguientes capítulos, en los que será frecuente hacer referencia a decisiones y criterios tomados por algunos de los órganos que integran esos dos mecanismos (sobre todo de los órganos que integran el sistema interamericano ya que, como se sabe, el Tribunal Penal Internacional apenas está dando sus primeros pasos).

a. El sistema interamericano de derechos humanos

La regulación básica del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y como ya se ha mencionado se articula a través de dos instituciones: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión, en lo sucesivo) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte, en lo sucesivo). Ambas instituciones están llamadas a tener una gran importancia para el sistema mexicano de derechos fundamentales en la medida en que el Estado mexicano les ha reconocido la competencia para que puedan conocer de actos presuntamente violatorios de esos derechos cometidos dentro de territorio nacional.¹⁷⁸

La Comisión se compone de siete miembros, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) de una lista de candidatos propuestos por los países miembros; deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocido conocimiento en materia de derechos humanos (artículo 34 y 36 del Pacto de San José). Durarán en su encargo cuatro años y podrán ser reelectos una vez; no podrán formar parte de la Comisión más de un nacional de cada país (artículo 37).

La competencia de la Comisión está recogida en el artículo 41 del Pacto, en el que se establece, entre otras cuestiones, la posibilidad de la Comisión para formular recomendaciones a los gobiernos, preparar estudios o informes y solicitar a los gobiernos informes sobre medidas que se hayan adoptado en mate-

¹⁷⁸ Sobre el tema, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003, pp. 3-54.

ría de derechos humanos; también puede atender consultas formuladas por los Estados a través de la Secretaría General de la OEA.

Su competencia quizá más relevante sea la de recibir denuncias o quejas a causa de violaciones al Pacto, por parte de cualquier persona, de grupos de personas o de entidades no gubernamentales (artículo 44).¹⁷⁹ El artículo 47 del Pacto señala los requisitos que deben reunir las quejas o denuncias; se trata de un precepto muy importante porque también condiciona la competencia de la Corte. De acuerdo con ese artículo, para que las quejas o denuncias sean admitidas: *a)* es necesario que se hayan agotado todos los recursos internos, es decir, que se hayan utilizado todos los medios posibles que ofrece el derecho nacional del país de que se trate (esta es una regla típica de todos los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, que siempre se presentan como mecanismos subsidiarios que entran en funcionamiento únicamente cuando no se puede obtener una adecuada reparación en el derecho interno); *b)* es necesario que se presenten dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el interesado haya sido notificado de la decisión definitiva; *c)* que el asunto no esté pendiente de resolución en otro procedimiento internacional, y *d)* que se cumpla con algunas formalidades en la petición, como la indicación del nombre, domicilio y firma de quien la presenta.

Los requisitos del agotamiento de los recursos internos y del plazo de seis meses no serán aplicables cuando: *a)* no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; *b)* no se haya permitido al presunto afectado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotarlos, y *c)* haya retardo injustificado en la resolución de los recursos internos.

Carmona Tinoco sostiene que la labor de la Comisión,

desde su creación hasta la fecha ha sido incansable y puede calificarse de titánica, especialmente si se toma en cuenta la naturaleza y el alto número de peticiones por violaciones a los derechos humanos que ha debido atender, la cooperación a veces renuente y en algunas ocasiones casi nula por parte de los Estados, y las condiciones financieras en que ha tenido que trabajar debido a los recursos económicos siempre insuficientes comparados con el tamaño de su labor.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Hay otras normas jurídicas internacionales que también le dan competencia a la Comisión para conocer de quejas; sobre este punto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *cit.*, p. 12.

Por su parte, la Corte se compone de siete jueces, los cuales serán electos en votación secreta y por mayoría de votos por la Asamblea General de la OEA, de entre una lista de candidatos propuestos por los Estados partes en el Pacto de San José (artículos 52 y 53). Los jueces duran en el cargo seis años y pueden ser reelegidos una vez (artículo 54).¹⁸¹

Solamente los Estados partes y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte, siempre que se haya agotado el procedimiento que el Pacto establece ante la propia Comisión (artículo 61); es decir, el funcionamiento de la Corte es doblemente subsidiario: lo es respecto a la jurisdicción interna y lo es respecto a los trabajos de la Comisión, que actúa como una especie de filtro previo sobre los asuntos que pueden ser llevados ante la Corte.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto, siempre que los Estados involucrados hayan reconocido su competencia (artículo 62).

El artículo 63 del Pacto señala los efectos que podrá tener una sentencia de la Corte que reconozca la violación del propio Pacto y la posibilidad de que se dicten medidas precautorias en ciertos casos;¹⁸² su texto es el siguiente:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

La Corte posee competencia contenciosa, en los términos de lo que se acaba de decir, y una competencia consultiva, que se ha revelado como un instrumento de gran importancia para difundir el sistema interamericano de derechos humanos y para precisar los contenidos sustantivos del Pacto. La competencia consultiva está prevista en el artículo 64 del Pacto en los siguientes términos:

¹⁸¹ Sobre el tema de la Corte Interamericana, Fix-Zamudio, Héctor, “El sistema americano de protección de los derechos humanos” y “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, ambos en su libro *Protección jurídica de los derechos humanos*, cit., pp. 271 y ss. y 455 y ss., así como García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002.

¹⁸² También la Comisión Interamericana puede dictar medidas urgentes de protección de acuerdo con los artículos 25 y 29 de su Reglamento Interior.

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos...

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Los alcances la función consultiva de la Corte han sido precisados, justamente en la primera de la opiniones consultivas emitidas por ese órgano (la OC 1/82).¹⁸³

Los fallos de la Corte deberán estar motivados y serán definitivos e inapelables (artículos 66 y 67).

Tanto los miembros de la Comisión como los jueces de la Corte gozan, durante su mandato, de inmunidad diplomática y no pueden ser sujetos de responsabilidad por los votos y opiniones que emitan durante el ejercicio de sus funciones (artículo 70).

En los hechos, el gobierno mexicano ya está siendo un usuario muy activo del sistema interamericano de derechos humanos; de acuerdo con el Informe Anual del año 2002 de la Comisión Interamericana, México ocupa el segundo lugar de entre los 35 países del continente americano que mayor número de casos y peticiones de trámite tiene ante esa instancia.¹⁸⁴

b. La Corte Penal Internacional

Uno de los objetivos más antiguos y anhelados de la comunidad internacional, luego de haber vivido los sucesos trágicos de las dos guerras mundiales sucedidas en el siglo XX, ha sido la construcción de una jurisdicción internacional que tuviera la competencia de juzgar las peores violaciones de derechos humanos. La idea se comenzó a barajar desde los años cincuenta cuando todavía estaba muy viva la imagen de los juicios de Nuremberg, contra los criminales de guerra nazis.

No fue sino hasta 1998 cuando en una reunión de plenipotenciarios realizada en Roma finalmente se hizo realidad la idea de la Corte Penal Internacional, en buena medida gracias al impulso de cientos de organizaciones no gubernamentales.

¹⁸³ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 705 y ss.

¹⁸⁴ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", cit., p. 25; en este trabajo puede encontrarse una muy interesante síntesis de los casos que la Comisión ha resuelto sobre México (pp. 26 y ss.).

mentales que ejercieron eficaces presiones sobre los gobiernos tanto antes como durante la reunión de Roma.

El resultado de esa reunión fue el Estatuto de la Corte,¹⁸⁵ un instrumento largo y complejo, cuya aplicación no será fácil.¹⁸⁶ En el Estatuto se perfila una Corte de perfil más bien bajo, limitada en su competencia y con un procedimiento planteado farragosamente en el texto. La oposición declarada de Estados Unidos y de varios de sus países aliados puede, en el futuro, suponer un lastre importante para los trabajos de la Corte, aunque el solo hecho de que exista ya es un avance.

De acuerdo con el artículo 1o. del Estatuto, la Corte Penal Internacional (CPI, en lo sucesivo), “será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional... y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

La competencia de la CPI se limita a delitos muy graves, que atentan brutalmente contra los derechos fundamentales: crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (artículo 5o. del Estatuto).¹⁸⁷ Cada uno de estos delitos está descrito por los artículos 6o. (genocidio), 7o. (crímenes de lesa humanidad) y 8o. (crímenes de guerra); el crimen de agresión tendrá que ser definido en una futura reforma del Estatuto, de conformidad con sus artículos 121 y 123, según lo establece el artículo 1.2 del propio Estatuto.

La competencia de la CPI no se extiende hacia el pasado, sino que se surte solamente por hechos sucedidos luego de la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11.1). Para que la CPI ejerza su competencia es necesario que sea instada para ello a través del Fiscal de la propia Corte; el Fiscal puede ser instado a promover una acción ante la Corte por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad de la ONU; el fiscal también puede actuar de oficio en la investigación de hechos que, presuntamente, puedan ser de competencia de la CPI (artículos 13, 14 y 15).

La responsabilidad que puede determinar la CPI es individual, es decir, la Corte se encarga de juzgar individuos y no a Estados. Los individuos tendrán responsabilidad, según el artículo 25.3 cuando:

¹⁸⁵ Su texto puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1431 y ss.

¹⁸⁶ El significado político y jurídico de la Corte, así como las consecuencias que de su Estatuto derivan para México han sido analizados con profundidad en García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2002.

¹⁸⁷ Sobre este punto, García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, cit., pp. 65 y ss.

a) cometan por sí solos, con otro o por conducto de otro, un crimen competencia de la CPI;

b) ordenen, propongan o induzcan la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) cuando con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sean cómplices, encubridores o colaboren de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) contribuyan de algún modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común, siempre que la contribución sea intencional;

e) en el caso del crimen de genocidio, cuando se haga una instigación directa y pública para que se cometa;

f) cuando intenten cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad; podrá quedar libre de responsabilidad un sujeto que desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma, si dicha renuncia al propósito delictivo es realizada de forma íntegra y voluntariamente.

El Estatuto de la CPI será aplicable a todas las personas, con independencia del cargo oficial que tengan, incluso si se trata de jefes de Estado o de gobierno, miembros de un Parlamento, representantes elegidos, etcétera. Ningún tipo de inmunidad o procedimiento especial será un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia sobre determinada persona (artículo 27).

En virtud del tipo de delitos que sanciona el Estatuto, teniendo en cuenta su gravedad y su potencial de destrucción de los derechos humanos, se establece por el propio Estatuto un sistema especial de responsabilidad para los jefes y superiores de las fuerzas armadas de un país (artículo 28). Esto es especialmente importante y, según creo, positivo, ya que no es infrecuente que cuando se pretenden fincar responsabilidades por el funcionamiento de órganos integrados por muchas personas (como puede ser un ejército), los que acaban siendo responsables sean los oficiales de inferior grado, sin que se pueda sancionar a los jefes. Teniendo en cuenta lo anterior es que el artículo 28 del Estatuto parece una disposición muy realista. También en virtud del tipo de actos de que se trata, el Estatuto dispone que no existirá la prescripción (artículo 29).

Por lo que hace a la composición y organización de la CPI, el Estatuto nos indica que formarán parte de ella 18 magistrados (artículo 36.1), que serán electos por votación secreta por una asamblea de los Estados parte convocada para ese fin (artículo 36.6 inciso A) y que durarán en su cargo nueve años, no pudiendo ser reelegidos (artículo 36.9 inciso A). De entre los magistrados se

eligen el presidente de la Corte y los dos vicepresidentes, los cuales durarán en el cargo tres años o hasta el término de su mandato como magistrado, si éste se produjere antes; podrán ser reelectos una vez (artículo 38.1).

Junto a los magistrados, la otra pieza central del organigrama de la CPI es el fiscal; según el artículo 42.1 del Estatuto señala que

La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.

La elección del Fiscal se realiza por voto secreto y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Tanto el fiscal como los fiscales adjuntos durarán en su cargo nueve años y no podrán ser reelegidos (artículo 42.4.).

En el ámbito internacional la CPI puede suponer en el futuro próximo un importante mecanismo de control sobre las peores formas de violación de los derechos. La existencia de la Corte viene a poner un poco de orden en una esfera internacional que, en muy buena medida, todavía hoy se rige por la ley del más fuerte. Sin embargo, con la CPI sucede como con el resto de mecanismos internacionales de control: los países que más lo necesitan son los que menos cooperan en su funcionamiento; es decir, los Estados que menos problemas tienen de violación de derechos humanos han sido los primeros en suscribir el Estatuto de la Corte, mientras que los que ostentan las peores marcas de violaciones no solamente no lo han suscrito, sino que han intentado boicotear su funcionamiento por todos los medios. Es una paradoja de la que el derecho internacional no se podrá librar en el corto plazo, al menos mientras siga estando construido sobre la base de la voluntad de los Estados (construcción de tipo contractualista) y no se pueda imponer en contra de quienes no quieran participar voluntariamente.

Pese a lo anterior, es obvio que la causa de los derechos humanos está mejor servida contando con una CPI, cualquiera que sean sus alcances reales, que sin ella. Su mera existencia debe juzgarse como un avance de importantes dimensiones. Por esa razón debemos apoyar la integración completa de México en esta nueva corriente del derecho penal internacional y remover todas las (viejas) suspicacias que pudieran existir en torno a los tribunales internacionales.

les.¹⁸⁸ Lo mejor que puede hacer el Estado mexicano es demostrar que no tiene ningún esqueleto en el armario y que incluso si se descubriera alguno se tendría la capacidad suficiente para aplicar los mecanismos de exigencia de responsabilidad que están previstos tanto a nivel interno como a nivel internacional. La aceptación de la competencia de la CPI (y más en general de la lógica de todas las cortes y tribunales internacionales) es una buena prueba de madurez democrática.

III. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

Siguiendo con el estudio de las características generales del régimen constitucional de los derechos en la Constitución mexicana, toca ahora revisar un tema clásico dentro de la teoría de los derechos: el de su titularidad. Desde luego, se trata de un tema central y que recorre por completo a la teoría de los derechos, teniendo además un impacto significativo sobre su aplicación práctica.

Dejando por ahora de lado las cuestiones que podrían suscitarse a partir de una teoría general de los derechos fundamentales, conviene concentrarnos simplemente en lo que sobre el tema dispone la Constitución de 1917.¹⁸⁹

A la luz de nuestro texto constitucional y siguiendo en parte el concepto de derechos fundamentales defendido por Luigi Ferrajoli, habría dos grandes esferas diferenciadas en la titularidad de los derechos: en la primera de ellas (la más amplia) se encontrarían los derechos que el texto constitucional asigna a todas las personas; en la segunda esfera estarían aquellos derechos que están limitados por razón de la ciudadanía, es decir, aquellos que la Constitución asigna solamente a los ciudadanos. Veamos con algún detalle la integración de cada una de estas esferas.

1. *Derechos asignados a todas las personas*

La mayoría de los artículos constitucionales que establecen derechos fundamentales los asignan claramente a todas las personas. De hecho, el primer párrafo del artículo 1o. señala como regla general que “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitu-

¹⁸⁸ En torno a la postura de México sobre la CPI, ver el cap. III (“México ante el Estatuto de Roma”) del libro de García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, cit., pp. 107 y ss.

¹⁸⁹ De hecho, en materia de titularidad de los derechos, lo mejor es atender a los términos en que cada ordenamiento constitucional regula el problema, ya que son difíciles las soluciones generales; al respecto, Gómez Montoro, Ángel J., “Titularidad de los derechos fundamentales”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, pp. 116 y ss.

ción...”. A partir de esta disposición podemos sostener que la regla general es que la titularidad de los derechos constitucionalmente establecidos corresponde a “todo individuo”, con independencia de sus características de edad, nacionalidad, estado civil, lugar del territorio en donde viva, etcétera.

Siguiendo la misma línea, se puede citar por ejemplo el artículo 3o. constitucional, que comienza señalando que “Todo individuo tiene derecho a recibir educación”. A veces la atribución universal de un derecho se hace de forma negativa, como se puede apreciar en la primera parte del artículo 5o. constitucional cuando señala que “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode...”. Mediante una interpretación *a contrario sensu* debemos entender que el artículo 5o. establece que *toda* persona tiene derecho a ejercer la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode.

En otros preceptos el texto constitucional no hace referencia al sujeto titular, por lo que debemos aplicar la regla general derivada del primer párrafo del artículo 1o. Es lo que sucede en el artículo 6o. constitucional cuando establece que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa...”, o en el artículo 7o. cuando señala que “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos en cualquier materia”. En esos casos, a falta de determinación directa del sujeto titular, se debe entender que lo son todas las personas que estén en territorio nacional o bajo jurisdicción del Estado mexicano (por ejemplo en las embajadas, consulados, buques con bandera mexicana, aviones, etcétera).

2. *Derechos asignados a los ciudadanos mexicanos*

Hay algunos derechos que el texto constitucional reserva solamente a los ciudadanos mexicanos. En este caso se pueden diferenciar dos supuestos. En el primero, la Constitución reserva el conjunto de un derecho a los ciudadanos; en el segundo, la Constitución asigna a todas las personas un derecho, pero ciertos aspectos de ese derecho los reserva solamente a los ciudadanos mexicanos. Como ejemplo de los primeros tenemos los derechos de sufragio activo y pasivo, es decir, el derecho de votar y ser votados para acceder a un cargo de representación popular. Como ejemplo de lo segundo podemos citar el derecho de petición (reconocido en el artículo 8o. constitucional) o el derecho de asociación (que se encuentra en el artículo 9o. de la carta magna); esos derechos son asignados por el texto constitucional a todas las personas, pero en los preceptos citados se establece que el derecho de petición en materia política o el derecho de asociación en la misma materia se reservan a los ciudadanos mexicanos.

La regulación de la ciudadanía y de los derechos de quienes sean ciudadanos se encuentra, en general, en los artículos 34 y 35 de la Constitución mexicana. En el primero de ellos se establecen los requisitos para ser ciudadano, mientras que en el segundo se encuentran las prerrogativas de los ciudadanos, las cuales se vienen a sumar al resto de derechos que los ciudadanos tienen en tanto personas. El texto de ambos preceptos es el siguiente:

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Del artículo 34 llama la atención su fracción II, que parece bastante desfasada en el tiempo. La exigencia de “tener un modo honesto de vivir” para ser ciudadano se ha quedado como un requisito más teórico que real (por suerte, ya que su aplicación podría dar lugar a múltiples atropellos y abusos). ¿Cómo se puede acreditar la “honestidad” de un cierto modo de vida?, es más ¿qué modos de vida son honestos y cuáles no?, e incluso ¿quién podría determinar jurídicamente el catálogo de esas modalidades y con qué consecuencias? La verdad es que más valdría derogar esa fracción, de forma que la ciudadanía mexicana se adquiriera por el solo hecho de tener la nacionalidad mexicana y ser mayor de 18 años.

La Constitución también señala algunas obligaciones específicas de los ciudadanos en el artículo 36, que dispone lo siguiente:

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:

- I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley,

II. Alistarse en la Guardia Nacional;

III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley;

IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los estados, que en ningún caso serán gratuitos; y

V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

Al contenido del artículo 36 y sus implicaciones volveremos a hacer referencia dentro del apartado dedicado a estudiar “Los deberes fundamentales”, dentro de este mismo capítulo.

En tanto que el artículo 34 establece como requisito tener la nacionalidad mexicana para poseer la ciudadanía, conviene considerar el mandato constitucional que señala bajo qué condiciones se puede obtener la nacionalidad.¹⁹⁰ Se trata del artículo 30, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A).- Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B).- Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

¹⁹⁰ Para un análisis más detenido del régimen jurídico de la nacionalidad en México, ver Climent Bonilla, Ma. Margarita, *Nacionalidad, estatalidad y ciudadanía*, México, Porrúa, 2002.

Hay tres artículos más que debemos tener en cuenta para entender esta segunda esfera en la titularidad de los derechos fundamentales en México. Me refiero a los artículos 31, 32 y 33 constitucionales.

El artículo 31 establece las obligaciones de “los mexicanos” en los siguientes términos:

Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadanos, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

A partir de la interpretación conjunta de los artículo 31 y 36 se pueden desprender que hay: *a)* ciertas obligaciones que tienen solamente los “mexicanos”, es decir, quienes tengan la nacionalidad mexicana, con independencia de su edad y de si tienen o no un “modo honesto de vivir”, y *b)* ciertas obligaciones que tienen solamente los “ciudadanos mexicanos”, que son, quienes además de ser mexicanos tengan más de 18 años y un modo honesto de vivir.

El artículo 32 señala lo siguiente:

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier

embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

La verdad es que el contenido de este artículo es un poco extraño. Una parte del mismo podría incluso estar derogada, pues su texto proviene del texto original de la Constitución mexicana¹⁹¹ y de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1o. para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala que no se podrá discriminar a ninguna persona por razón de “origen nacional”. La no discriminación por origen nacional parece chocar claramente con el párrafo segundo del artículo 32 cuando señala que el legislador podrá determinar los cargos y las funciones en las que se podrá requerir ser mexicano por nacimiento. No se daría ese conflicto si el artículo 32 autorizara al legislador a señalar en qué cargos se requiere ser “mexicano” para poder ocuparlos, pues el artículo 1o. no señala a la “nacionalidad” como una de las causas por las que no se pueda discriminar.

En otras palabras: el legislador puede establecer distinciones para el acceso a cargos públicos entre quienes sean mexicanos y quienes no lo sean, pero no lo puede hacer entre quienes sean “mexicanos por nacimiento” y quienes simplemente sean “mexicanos”. La razón, como ya se ha dicho, es bien sencilla; en el primer caso se está utilizando el criterio de la “nacionalidad”, que es un criterio permitido; pero en el segundo se está utilizando el criterio del “origen nacional”, que es uno de los prohibidos por el artículo 1o. constitucional, en su párrafo tercero.

Al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, el intérprete debe utilizar un criterio de solución de antinomias para saber cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Como se sabe, los criterios para resolver antinomias son el de la ley superior (*lex superior derogat inferiori*), el de la ley posterior (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generalis*).¹⁹² Para el caso que nos ocupa, el criterio que debemos aplicar es el de la ley posterior, ya que no podemos aplicar el de la ley superior (al tener ambos preceptos el máxi-

¹⁹¹ El texto original de la Constitución puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, UNAM, Porrúa, 2002, pp. 493 y ss.

¹⁹² Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., capítulo IV.

mo rango dentro del sistema jurídico nacional), ni el de especialidad (puesto que los dos preceptos tratan con idéntico detalle el mismo tema). De acuerdo con el criterio de la ley posterior, la norma más reciente en el tiempo deroga a la anterior; en esa medida se puede sostener que el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional derogó al párrafo segundo del artículo 32 constitucional. En esa virtud, todas las normas de rango subconstitucional que exijan como requisito para ocupar un cargo público el ser “mexicano por nacimiento” se oponen al artículo 1o. constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.¹⁹³

Por su parte, el artículo 33 constitucional dispone que:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Como puede apreciarse de su simple lectura, se trata de un precepto arcaico y propio de un Estado autoritario, más que de uno democrático. Por un lado, viola varios tratados internacionales de derechos humanos, que con claridad señalan el derecho que tiene toda persona a ser oída y juzgada por un tribunal antes de ser privada de sus derechos (como el derecho a permanecer en el territorio nacional).¹⁹⁴ Por otra parte utiliza términos poco precisos, cuyo único ob-

¹⁹³ Sin embargo, si esas normas fueron expedidas antes del 15 de agosto de 2001 (que es cuando entró en vigor el párrafo tercero del artículo 1o.) entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas insubsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogado. Como se explicará con más detalle en el capítulo segundo de este libro, una norma derogada es inexistente para el ordenamiento jurídico y ningún órgano público o persona particular puede aplicarla, con independencia de que su incompatibilidad con el texto constitucional haya sido o no declarada por un juez constitucional.

¹⁹⁴ Ver por ejemplo el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los artículos 5.2 y 7 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. Este último precepto dispone lo siguiente: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. De

jetivo fue en su momento fomentar su aplicación arbitraria por parte del presidente de la República: ¿cómo, si no, debemos entender el uso del concepto de “conveniencia” —que además se determina según el libre juicio del presidente—, como condición para que se pueda expulsar del territorio nacional a algún extranjero? Se trata de una norma contraria al más elemental sentido común y debería ser derogada a la brevedad.

3. Derechos de las personas jurídicas

Es importante dilucidar también si las personas jurídicas pueden o no ser titulares de derechos fundamentales. Las preguntas a resolver serían las siguientes: ¿se puede sostener que la Constitución atribuye los derechos fundamentales solamente a las personas físicas o lo hace también para las personas jurídicas?, ¿en caso de que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, lo son de todos o solamente de algunos? Resueltas las anteriores dos cuestiones habría que dilucidar si hay alguna diferencia entre las personas jurídicas de derecho privado y las personas jurídicas de derecho público respecto a la posible titularidad de los derechos fundamentales.

En algunos ordenamientos jurídicos el problema al que nos estamos refiriendo, si no está del todo solucionado, al menos se cuenta con una base constitucional para resolverlo. Así, por ejemplo, la Constitución de Alemania establece que “Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables” (artículo 19.3). De forma parecida, el artículo 12 de la Constitución de Portugal dispone que “Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución” (artículo 12.2.).

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas” (sentencia 23/1989). En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, les permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitu-

hecho, México interpuso una penosa reserva sobre este artículo cuando firmó el Pacto, aduciendo expresamente que chocaba con el contenido del artículo 33 constitucional.

cional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.¹⁹⁵

En México la Ley de Amparo deja abierta la posibilidad de que las personas jurídicas acudan al juicio de amparo, por lo cual debemos pensar que en esa medida son también titulares de derechos fundamentales. No tendría caso reconocerles la posibilidad de promover juicios de amparo si no se pensara que tienen esa titularidad, ya que el amparo procede solamente a instancia de parte agraviada (artículo 107 constitucional fracción I) y siempre en contra de una presunta violación de derechos fundamentales (artículo 103 constitucional fracción I) o contra una invasión de esferas competenciales entre los diversos niveles de gobierno (artículo 103 constitucional fracciones II y III). El artículo 8o. de la Ley de Amparo establece que “Las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes”; por su parte el artículo 9o. de la misma Ley establece, en su primer párrafo, que “Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas”.

A partir de estos datos, podemos concluir que la respuesta a la pregunta de si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales es afirmativa. La siguiente cuestión a resolver entonces, como se apuntaba, es si las personas jurídicas pueden ser titulares de todos los derechos fundamentales o solamente de algunos. La respuesta, de nuevo, la puede proporcionar cada ordenamiento constitucional concreto. Como principio puede afirmarse que las personas jurídicas serán titulares de derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la readaptación social, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

¹⁹⁵ Gómez Montoro, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, p. 389.

Faltaría por resolver la tercera de las preguntas que formulamos al inicio de este apartado: aceptando que las personas jurídicas puedan ser titulares de los derechos fundamentales, pero solamente en la medida en que el objeto de los propios derechos lo permita, ¿dicha titularidad se extiende por igual a las personas jurídicas de derecho privado y a las personas jurídicas de derecho público?

La respuesta a esta tercera interrogante debe ser negativa. Como regla general se puede afirmar que la titularidad de los derechos fundamentales no es posible para las personas jurídicas de derecho público. La persona jurídica de derecho público no es un instrumento para el ejercicio de derechos fundamentales.¹⁹⁶ Este tipo de personas más que derechos tienen “competencias” o “atribuciones”. Esas competencias tienen canales y vías específicos de defensa (como lo pueden ser, en el ordenamiento jurídico mexicano, las controversias constitucionales establecidas en el artículo 105 fracción I de la Constitución). Excepcionalmente, se podría aceptar que una persona jurídica de derecho público promoviera juicios de amparo —en los términos del ya mencionado artículo 9o. de la ley respectiva— cuando se afecten sus intereses patrimoniales o incluso cuando se vea afectado su derecho a una tutela judicial efectiva (por ejemplo cuando un tribunal local se niegue a conocer de un juicio iniciado por una persona jurídica de derecho público).

En la práctica de los últimos años en México, las personas jurídicas de derecho público han optado por utilizar la vía de las controversias constitucionales del artículo 105 para defender sus pretensiones. Los juicios de amparo promovidos por esas personas son cada vez más escasos.

Ahora bien, las personas jurídicas de derecho público serán titulares de los mismos derechos que tienen las personas jurídicas de derecho privado cuando actúen bajo la legislación de derecho privado (es decir, cuando desarrollen relaciones jurídicas de igualdad con otra persona); tal caso se verifica, por poner un ejemplo, cuando un órgano público celebra un contrato de alquiler con un particular. En estos supuestos las personas de derecho público se asemejan a las de derecho privado y están sujetas, en consecuencia, al mismo régimen jurídico.

4. *Derechos de los inmigrantes*

En otro tema, merece una mención especial la situación de los inmigrantes irregulares, que es uno de los sectores más desprotegidos, tanto en nuestro país como en muchas otras naciones. Como lo veremos con detalle en el capítulo

¹⁹⁶ Gómez Montoro, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *cit.*, p. 437.

tercero de este libro, al estudiar la libertad de tránsito, el artículo 11 constitucional establece que

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Es decir, la Constitución en efecto sujeta el derecho a entrar en el territorio nacional y a viajar por el mismo a lo que establezca la legislación en materia de migración, pero ese es el único derecho que limita para los extranjeros, incluso si se hayan en situación irregular por haber ingresado en el territorio nacional sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley. Es decir, los extranjeros que se encuentren en territorio nacional gozan de todos los derechos fundamentales que la Constitución asigna a todas las personas y solamente podrán ver limitados los derechos que establece el artículo 11 de la Constitución en virtud de lo que disponga la legislación migratoria.

En consecuencia, todos los extranjeros son titulares y pueden ejercer sin cortapisa alguna los derechos que la Constitución reconoce, con excepción de aquellos cuya titularidad asigna solamente a los ciudadanos. Si alguna autoridad o alguna ley restringieran el ejercicio de cualquier derecho fundamental de los asignados a todas las personas a la acreditación de una determinada situación migratoria, estarían violando la Constitución. La situación migratoria, por sí misma, no puede ser un límite ni a la capacidad para ser titular de los derechos fundamentales ni a la capacidad para ejercerlos; solamente podrá tener repercusiones negativas en términos de derechos fundamentales en cuanto a la permanencia en el territorio nacional, de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución. Podemos sostener que los extranjeros, tengan o no una situación migratoria acorde con lo que establecen las leyes, tienen, entre otros, el derecho a no ser discriminados, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a la readaptación social en caso de que sean sentenciados a una pena privativa de la libertad, los derechos que establece el artículo 20 constitucional para el caso de que estén sujetos a un proceso penal, el derecho de petición, la libertad de trabajo, de asociación, de expresión, de imprenta, etcétera.

Aunque en forma tímida e incipiente, así parecen reconocerlo entre otros los siguientes dos criterios jurisprudenciales:

EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO POR. CASO NO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL. No es exacto que un extranjero carezca de capacidad jurídica para promover el juicio de amparo, en casos diversos al ejercicio de las facultades que concede el artículo 33 constitucional al Ejecutivo de la Unión, pues aun en el supuesto de que se trate de un extranjero sin autorización para permanecer en territorio mexicano, el solo hecho de entrar a ese territorio nacional implica la protección de las leyes mexicanas, en términos de los artículos 1o. y 2o. de la propia Constitución federal. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 721/84. Christopher Lee Wade Roberts, 4 de julio de 1984. Unanimidad en resolutive y mayoría en consideraciones. Ponente: J. S. Eduardo Aguilar Cota. Secretario: Ricardo Rivas Pérez. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 187-192, sexta parte, p. 74.

DENUNCIA O QUERRELLA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVELA, AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no distingue entre los nacionales y extranjeros, al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución, con las limitaciones que en ella se establecen; por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga en su capítulo I, título primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental, el cual señala que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querrellarse aun en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, novena época, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, tesis XX, 2º 13 P, p. 1740.

El tema de los derechos que tienen los migrantes indocumentados ha sido abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Se trata de un documento jurídico de gran interés no solamente porque afecta al núcleo mismo del tema de la titularidad de los derechos fundamentales, sino también porque fue emitido a petición del gobierno de México, debido en buena medida a las múltiples violaciones de derechos humanos que sufren los mexicanos indocumentados que están en los Estados Unidos. Aunque la solicitud del gobierno de México se enfocaba en particular a los derechos laborales de los migrantes, el pronunciamiento de la Corte contiene algunos elementos de carácter general que sirven para el tema que estamos tratando.

La tragedia cotidiana de los migrantes mexicanos en Estados Unidos, sin embargo, no debe hacernos perder de vista que también en suelo mexicano se cometen graves abusos en contra de migrantes de otros países. Muchos de esos abusos, inclusive, se encuentran legitimados por la legislación que establece restricciones inaceptables (por violar la Constitución y varios tratados internacionales de derechos humanos) en perjuicio de los derechos de los migrantes que llegan a México por una u otra razón (muchos de ellos utilizan el territorio nacional para llegar hasta los Estados Unidos).

En la OC 18 la Corte estima que la situación migratoria de una persona “no es condición necesaria para que (un Estado) respete y garantice el principio de igualdad y de no discriminación, puesto que... dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona que se encuentre en su territorio” (párrafo 118).

De la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación no se desprende, según la Corte, que un Estado esté impedido para hacer distinciones entre los nacionales y los no nacionales, o entre los extranjeros que se encuentran legalmente en el país y los que se encuentran ilegalmente en su territorio. Para la Corte, “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (párrafo 119; el requisito de que las distinciones sean objetivas, proporcionales y razonables se reitera en el párrafo 168).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte afirma que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...” (párrafo 134).

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Una de las cuestiones más importantes y, según creo, menos estudiadas por la teoría jurídica de los derechos fundamentales en México es la que tiene que ver con la relación que existe entre estos derechos y la forma federal de Estado que establece la Constitución.

No es posible realizar en este momento una explicación detenida del significado del federalismo como forma de organización estatal, por lo que a continuación se ofrecen simplemente algunos elementos que nos permitan entender sus principales significados así como su impacto sobre los derechos fundamentales.

El sistema federal fue adoptado por primera vez en México en la Constitución de 1824, que en su artículo 4o. señalaba que “La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal”, y en el artículo siguiente mencionaba a las partes integrantes de la Federación.

Durante el siglo XIX el federalismo mexicano sufrió, como casi todas las demás instituciones del país, varias crisis de anarquía. Tanto el desorden fiscal que producía la duplicidad de impuestos y las trabas arancelarias entre las entidades federativas, como la presencia de cacicazgos locales, dieron lugar a importantes exigencias para revertir el modelo federal y convertir a México al centralismo. Incluso el tema fue una bandera esencial del partido liberal en su lucha contra los conservadores,¹⁹⁷ que lograron que el centralismo se llegara a reconocer en algunos documentos constitucionales del siglo pasado.¹⁹⁸ A pesar de todo, desde la Constitución de 1857 el federalismo se ha mantenido como uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo mexicano.

Aunque, como es obvio, el modelo federal de la Constitución fue copiado de la Constitución norteamericana, en el caso de México, al revés de como sucedió en el país de origen de la institución, el federalismo no sirvió para conjuntar realidades anteriores y en cierta forma dispersas, sino para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial¹⁹⁹ —implantando el llamado federalismo “segregativo” o “descentralizador”—.

La articulación de la República mexicana como un Estado federal impone una ordenación peculiar de las fuentes del derecho en tanto otorga a los entes federados un espacio constitucionalmente garantizado, con mayor o menor amplitud según se verá, de “autonomía normativa”, diferenciado del perteneciente a la Federación.

¹⁹⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional*, 34a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 110 y 111; Aguilar Villanueva, Luis F., “El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes”, en Hernández Chávez, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 109.

¹⁹⁸ *Vid.* la síntesis histórica que realiza, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 421 y ss. Más recientemente, Hernández Chávez, Alicia, “Las tensiones internas del federalismo mexicano”, en *id.* (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, *cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁹⁹ Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, *cit.*, p. 112 y Carpizo, Jorge, “Sistema federal mexicano”, *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 469. La explicación de los dos tipos de procedimientos para llegar al federalismo, es decir, el que parte de la unidad para crear entidades descentralizadas y el que una realidades político-geográficas anteriormente dispersas, puede verse en Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, Aguilar, 1975, pp. 386 y ss. (bibliografía adicional sobre el tema en La Pérgola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 193, nota 1).

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia sustantividad, y que en esa virtud reclaman un campo propio de acción jurídico-política traducido entre otras cosas en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales,²⁰⁰ pluralismo territorialmente definido en el caso mexicano, que da lugar a la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho.

La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40.

En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar, es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales. Esta delimitación no es muy precisa por cuanto la última fracción del artículo mencionado (la XXX) establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 10. sección VIII párrafo 18), las facultades implícitas para legislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense.

Por su parte, el artículo 124 constitucional dispone que todas las facultades que no están *expresamente* concedidas a los poderes federales se encuentran “reservadas” a los Estados. En consecuencia, se establece a favor de estos últimos una competencia *residual*, teóricamente muy amplia.

Tanto el artículo 73 como el 124 suponen normas atributivas de competencias —normas que confieren poderes o, más ampliamente, normas sobre la producción jurídica— pero deben complementarse con aquellas otras normas que, a pesar de no otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la Federación o a los Estados regular ciertas materias, constituyéndose en algunos casos en limitaciones materiales a las facultades legislativas enunciadas en los artículos mencionados.

Así, por ejemplo, el artículo 24 en su segundo párrafo establece que “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.²⁰¹

²⁰⁰ Cfr., en general, Giugni, Marco G., “Federalismo e movimenti sociali”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Bologna, núm. 1 de 1996, pp. 147-170 y Caminal Badia, Miquel, “Nacionalismo, federalismo y democracia territorial”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 73, Madrid, junio de 1997, pp. 10-16.

²⁰¹ Hay que recordar que, aunque no lo digan expresamente, los derechos fundamentales constituyen por sí mismos limitaciones de carácter material a las facultades de creación normativa del Estado. Sin embargo, con el ejemplo citado me quiero referir solamente a aquellos casos en que la limitación es explícita y se enfoca a una forma de creación normativa en concreto (aunque la prohibición del artículo 24 no hay que entenderla como dirigida única-

En cuanto a las prohibiciones a los estados, éstas pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquellas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar y que se enumeran en el artículo 117. Son prohibiciones relativas aquellas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, las cuales se encuentran previstas en el artículo 118. En este último caso, la autorización del Congreso —entendiendo que a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se tratara de una autorización de carácter singular y concreta— es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas.

La distribución constitucional de competencias entre la Federación (limitada por lo establecido en el artículo 73, tanto de forma explícita como implícita) y las entidades federativas (que mantienen una competencia abierta ya que su alcance no está predeterminado por el artículo 124) debe completarse señalando que en los últimos años se han producido una serie de reformas constitucionales que en vez de seguir el modelo de distribución competencial del federalismo dual (es decir, el que se articula a través de dos esferas competenciales separadas, que marcan los límites de actuación de cada nivel de gobierno de forma más o menos precisa) se han acercado al modelo del federalismo cooperativo. En este modelo, la Constitución asigna una determinada competencia no a uno u otro nivel de gobierno, sino a todos a la vez. En la Constitución mexicana se pueden citar como ejemplos de este tipo los casos de seguridad pública (artículo 73 fracción XXIII), educación (artículo 73 fracción XXV), asentamientos humanos (artículo 73 fracción XXIX inciso c) y protección al ambiente (artículo 73 fracción XXIX inciso g).

El cuadro constitucional de distribución de competencias se completa con el régimen jurídico del municipio (definido en el artículo 115) y con el del Distrito Federal (establecido en el artículo 122).

A partir del anterior esquema, la pregunta pertinente para el tema de los derechos fundamentales sería la siguiente: ¿cómo afecta el sistema de distribución de competencias a las facultades de los distintos niveles de gobierno en materia de derechos fundamentales?; o para decirlo en otras palabras: ¿qué le corresponde hacer a cada autoridad en materia de derechos?

Al revisar el texto constitucional en su conjunto, nos damos cuenta que algunos aspectos de la distribución competencial en materia de derechos fundamentales están establecidos de forma más o menos clara. Por ejemplo, el artículo 123 constitucional señala que algunos aspectos del derecho al trabajo

mente al Congreso de la Unión sino a cualquier órgano de producción jurídica, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del mismo artículo).

serán competencia de las autoridades federales y otros lo serán de las autoridades locales (artículo 123, apartado A, fracción XXI). De la misma forma, hay previsión constitucional expresa por lo que hace al derecho a la educación (artículo 73 fracciones XXV y XXVII) y al derecho al medio ambiente (artículo 73 fracción XXIX-G). Pero ¿qué sucede con la gran mayoría de los derechos fundamentales que estando previstos en la Constitución no están asignados a uno o a otro nivel de gobierno? ¿cuál es la autoridad obligada a respetar el derecho de petición, la libertad de expresión, la libertad de tránsito, la libertad de prensa, la no discriminación, el derecho a la información, etcétera?

Si atendemos al criterio de la universalidad de los derechos podemos sostener que, en principio, todas las autoridades —sin importar el nivel de gobierno al que pertenezcan— deben respetarlos. A la misma conclusión se puede llegar si tomamos en cuenta el principio de supremacía constitucional: en virtud de que la Constitución obliga a todas las autoridades, la distribución de competencias no puede servir como excusa para desentenderse de las obligaciones que los derechos generan para las autoridades.

Que los derechos fundamentales suponen obligaciones precisas para las autoridades de los distintos niveles de gobierno y que, en consecuencia, la división vertical de poderes no puede ser alegada como excusa para dejar de cumplir con esas obligaciones es algo que está además muy claro a partir del derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

El sentido del artículo 28 ha sido precisado en varias ocasiones tanto por la Comisión Interamericana como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; según estos órganos, la estructura federal de un Estado parte no puede

servir como obstáculo o impedimento para dejar de cumplir con lo dispuesto por la Convención, que obliga al Estado como un todo.²⁰²

De lo expuesto se concluye, por tanto, que los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, con independencia de la distribución competencial que se haga; dicha distribución competencial podrá asignar además “deberes reforzados” con respecto a ciertos derechos a algunas autoridades.

Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de respeto de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. Aparte del deber de respeto, las autoridades de los distintos niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho. Pongamos un ejemplo concreto. El artículo 6o. constitucional dispone en su última parte que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. ¿A quién corresponde legislar en materia de derecho a la información? Si hacemos una lectura parcial del texto constitucional podemos concluir que, toda vez que el artículo 73 constitucional no establece la facultad del Congreso de la Unión de legislar en materia de derecho a la información, aplicando el artículo 124 esa materia sería una facultad exclusiva de los congresos locales. Pero si aceptamos ese punto de vista entonces estaremos defendiendo el criterio —un tanto absurdo— de que el artículo 6o. constitucional genera para las autoridades federales solamente un deber de respeto, pero que no supone la obligación para el Congreso de la Unión de emitir la legislación pertinente a efecto de que se pueda contar con los elementos normativos necesarios para hacer efectivo el derecho en cuestión.

El derecho a la información es además un buen ejemplo para ilustrar el problema al que nos estamos refiriendo ya que tiene un contenido en buena medida indeterminado, lo que ha generado grandes equívocos en su aplicación práctica.²⁰³ Lo mismo sucede, por ejemplo, con el derecho que establece el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional para impugnar las determinaciones de Ministerio Público que sobre el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal por la vía jurisdiccional, “en los términos que establezca la ley”. Esa ley a la que se refiere el artículo 21, ¿es una ley federal o una ley local? Ante la falta de claridad por años ningún nivel de gobierno se ha sentido aludido por el mandato del artículo 21, al grado que ante la inactividad del legislador los jueces fe-

202 Un análisis detenido de este problema puede verse en Dulitzky, Ariel E., “La Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en VV. AA., *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 157 y ss.

203 Sobre el tema abundaremos en el capítulo cuarto de este libro.

derales han tenido que sentar jurisprudencia en el sentido de que, mientras la ley no disponga otra cosa, la forma de impugnar esas determinaciones del Ministerio Público era a través del juicio de amparo (es decir, la vía jurisdiccional corresponde a una autoridad de carácter federal, con independencia del nivel de gobierno al que esté adscrito el Ministerio Público que ha dictado la resolución que se quiere impugnar).

Tanto en el caso del derecho a la información como en el del derecho establecido por el artículo 21 párrafo cuarto, la obligación de legislar para hacer eficaces los mandatos constitucionales corresponde tanto al Congreso de la Unión como a las legislaturas de los estados. Cualquier conclusión en otro sentido sería contraria a la supremacía constitucional, al principio de universalidad de los derechos y —en ciertos aspectos— al artículo 28 de la Convención Americana.

En resumen: los derechos fundamentales generan obligaciones para las autoridades de todos los niveles de gobierno, que bajo cualquier circunstancia deben respetarlos. La obligación de las autoridades estará además reforzada si un precepto constitucional le asigna una competencia concreta. Aun a falta de mandato constitucional expreso, las autoridades de todos los niveles no solamente deben de respetar los derechos mediante conductas de abstención, sino que deben hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructuración competencial (salvo el caso en que un precepto constitucional así lo establezca de forma clara y contundente) para dejar de tomar medidas en favor de los derechos.

Un criterio distinto al que se acaba de exponer es el que sostiene Ignacio Burgoa. Para este autor, la determinación de las obligaciones positivas a cargo de cada nivel de gobierno está en relación directa con la materia de que se trate. Vale la pena transcribir el párrafo en el que expone su punto de vista, para estar en posibilidad de comprender mejor su propuesta. Burgoa sostiene lo siguiente:

...dentro de nuestro sistema federal, ¿son competentes las legislaturas locales o el Congreso de la Unión para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales a falta de prevención expresa que al respecto contenga la Constitución? Para solucionar esta cuestión hay que atender a la materia o esfera en la que incidan los derechos públicos subjetivos de que se trate, es decir, a la órbita dentro de la cual se ejercitan o pueden ejercitarse. Así, si dicha materia o esfera pertenece a la competencia legislativa del Congreso de la Unión, este organismo será el facultado para reglamentar, dentro de aquélla, la garantía individual correspondiente; por el contrario, si el ámbito del goce o ejercicio del derecho público subjetivo no está considerado como materia de normación a favor del Poder Legislativo Federal, sino de

las legislaturas locales (lo que se puede decidir sin dificultad observando lo dispuesto por el artículo 124 constitucional), éstas son las autorizadas para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales.²⁰⁴

Dentro del mismo párrafo Burgoa transcribe una tesis jurisprudencial de la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación* que corrobora su criterio.

La exposición de Burgoa no deja sin resolver un dilema importante: ¿qué sucede con aquellos derechos en los que la Constitución no establece ni da pista alguna sobre la autoridad que puede legislar en la materia? Sostener que se reducen a la exclusiva competencia de las legislaturas locales parece un sin sentido, ya que entonces podríamos pensar que el Congreso de la Unión no tiene ninguna competencia en materia de no discriminación, de libertad de expresión, de libertad de imprenta, entre otros derechos; si ese criterio fuera válido serían inconstitucionales, entre otras, la Ley de Imprenta, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por el contrario, desde mi punto de vista, la situación es un poco más compleja y deben seguirse las indicaciones que ya se han expuesto párrafos arriba, en las que en síntesis se sostiene que: todos los derechos fundamentales suponen obligaciones de respeto para todos los niveles de gobierno; hay algunos derechos que contienen “obligaciones reforzadas” de respeto en virtud de que así lo indica algún precepto constitucional (por ejemplo cuando asigna una competencia determinada); todas las autoridades tienen el deber de utilizar todos los medios jurídicos y de otro tipo que tengan a su alcance para hacer eficaces y desarrollar todos los derechos fundamentales, a menos que la Constitución expresamente asigne algún tipo de competencia sobre cierto derecho en particular (pueden ser competencias exclusivas o concurrentes, como ya se ha explicado).

En el caso de que exista una competencia constitucionalmente establecida sobre cierto derecho, las autoridades no competentes deberán abstenerse de legislar o actuar en la materia, puesto que de hacerlo estarían violando, entre otros, los artículos 14 y 16 constitucionales al actuar sin fundamento jurídico alguno.

V. INTERPRETACIÓN

La interpretación jurídica es uno de los grandes temas de la ciencia jurídica contemporánea. Sería muy difícil intentar hacer aunque fuera un resumen de

²⁰⁴ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, cit., p. 201.

los múltiples aspectos que están en juego en materia de interpretación jurídica en general y de interpretación constitucional en particular.²⁰⁵ En lo que sigue nos limitaremos a dar algunas indicaciones muy superficiales, intentando aportar reflexiones específicas que sirvan para una mejor interpretación de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.

Para comenzar el estudio de la interpretación de los derechos fundamentales debe señalarse que, en la medida en que tales derechos están incorporados en normas jurídicas, se les deberán aplicar en lo que sea posible los criterios interpretativos tradicionales.²⁰⁶

En este sentido, para interpretar los derechos fundamentales se pueden tomar en cuenta los siguientes métodos generales de la interpretación jurídica:

- Criterio lógico, según el cual hay que entender las normas de derecho fundamental como si fuesen consistentes con las demás normas constitucionales;²⁰⁷ el intérprete no puede representar el texto constitucional como una serie de enunciados ilógicos, sino que debe proceder de tal forma que se advierta una cierta coherencia normativa. Esto no evita —ni el intérprete puede tampoco contribuir a disimularlo— que entre las normas constitucionales que contemplan derechos fundamentales pueda haber contradicciones o tensiones, en cuyo caso se tendrán que tomar en cuenta criterios hermenéuticos adicionales, como lo son la ponderación o la proporcionalidad, a los que nos referiremos más adelante.
- Criterio sistemático, según el cual hay que considerar a la Constitución como una unidad, de manera que el intérprete debe enlazar las normas de derechos fundamentales entre sí,²⁰⁸ descubriendo su sentido y alcances en relación con el sentido y alcances del resto del texto constitucional. El derecho fundamental debe ser contextualizado en el conjunto de la Constitución para lograr su adecuada interpretación.
- Criterio gramatical o filológico, según el cual debe atenderse al significado lingüístico contenido en las normas de derechos fundamentales.²⁰⁹ La interpretación lingüística, sin embargo, no se debe limitar al significado que nos ofrecen los diccionarios, sino que comprende también —de forma más amplia— el significado que la cultura y la tradición jurídicas

²⁰⁵ Para una primera aproximación, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit.

²⁰⁶ Al respecto, Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 189.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 190.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ *Idem*.

le dan a cierto término; igualmente, el significado lingüístico puede ser conocido a través de lo que se haya establecido en sentencias que constituyan precedentes obligatorios, en sentencias de tribunales de otros países y por el resto de órganos encargados de aplicar el derecho, incluyendo desde luego los significados lingüísticos individualizados por los teóricos de los derechos fundamentales.

- Criterio histórico, según el cual hay que intentar precisar el sentido que a una determinada norma de derecho fundamental le dio el poder constituyente o el poder reformador de la Constitución. La reconstrucción de la voluntad constituyente se puede realizar por medio de los debates parlamentarios, de las exposiciones de motivos que fundamentaron determinadas iniciativas de reforma, o por la legislación histórica sobre la materia. Debe notarse, sin embargo, que cuando se habla de investigar la “voluntad del constituyente” en realidad se alude a una ficción,²¹⁰ puesto que esa voluntad no puede ser otra que el propio texto constitucional; además, las asambleas constituyentes democráticas suelen ser muy plurales, por lo que intentar precisar una “voluntad unitaria” es una tarea prácticamente imposible de realizar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpretación histórica es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporcionan suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional. Así lo considera en la tesis siguiente:

INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se

210 *Idem.*

sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda norma fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, tesis P./J. 61/2000, p. 13.

En sentido parecido, la Corte señala la importancia de acudir a interpretaciones que nos permitan conocer la voluntad del constituyente, por ejemplo en la siguiente tesis:

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el poder revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al código político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, abril de 1998, tesis P. XXVIII/98, p. 117.

Pese a lo anterior, debe señalarse que la interpretación de carácter histórico dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos; es-

to es importante ya que ha existido una cierta corriente interpretativa en nuestros tribunales según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, sino “lo que quisieron decir” sus autores. Si se acepta este punto de vista (privilegiando la supuesta *voluntas legis* por encima del propio texto) se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, como lo demuestra una cantidad considerable de tesis jurisprudenciales de nuestro pasado reciente, a la aplicación sesgada e incluso corrupta de la Constitución y de las leyes. En otras palabras, por ningún motivo se puede sustituir la letra de la ley (o de la Constitución) por el supuesto significado del “espíritu” de la norma o por la intención que tuvieron sus autores.

—Criterio sociológico y teleológico, según el cual se deben tomar en cuenta los objetivos que persiguen los derechos fundamentales;²¹¹ el intérprete debe considerar siempre que el texto constitucional fue expedido para ser relevante, no para formar parte de algún marco decorativo; de esa manera, la interpretación teleológica deberá tender a asegurar en la realidad el cumplimiento de los fines que persiguen los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, por tanto, debemos tener presentes los métodos tradicionales de interpretación normativa al momento de analizar las disposiciones que contienen derechos fundamentales. Pero no podemos agotar en esos métodos la problemática de la interpretación constitucional, puesto que la Constitución requiere, por varias razones, de una interpretación en alguna medida distinta de la que puede aplicarse al resto de textos que componen el ordenamiento jurídico. En otras palabras, aunque los métodos tradicionales puedan ser *necesarios* para la interpretación constitucional, no son sin embargo *suficientes* para realizarla.

Lo anterior se debe a que la interpretación constitucional es parcialmente distinta de la interpretación legal.²¹² Dicha distinción se produce por razón de grado (puesto que, como ya vimos, la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico), pero sobre todo por razón de la *cualidad* de la norma constitucional,²¹³ que tiene una estructura y una función peculiares que exigen del in-

²¹¹ *Ibidem*, pp. 190 y 191.

²¹² Una discusión importante sobre este punto puede verse en Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en su libro *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., cap. VI.

²¹³ Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 1, 1997, p. 184.

térprete un ejercicio hermenéutico bien distinto del que postulaba Savigny en el siglo pasado para interpretar las leyes.²¹⁴

El problema de la interpretación es hoy en día el problema central de la teoría de la Constitución.²¹⁵ La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen la “capacidad prestacional” —es decir, la posibilidad de tener efectos prácticos sobre la realidad cotidiana— de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales es uno de los empeños que mayor dificultad ofrece dentro de nuestro panorama jurídico.

En el sistema jurídico mexicano el estudio de la interpretación constitucional (y en particular de la interpretación *constitucionalmente correcta* de los derechos fundamentales) tiene una gran importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que sigue estando presente en la práctica de nuestros tribunales el postulado positivista que creía que la interpretación simplemente era la aplicación por un juez neutral de una consecuencia lógica una vez que el intérprete ponía en claro y sin problema alguno una premisa mayor y otra menor.²¹⁶

El constitucionalismo moderno ha venido a romper en buena medida con esa concepción. Si el positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual, como se acaba de decir, toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte y la norma jurídica aplicable, por la otra, el constitucionalismo más reciente cambia esa forma de interpretación por la de la *ponderación*.²¹⁷

En efecto, los textos constitucionales modernos están llenos de principios, no de reglas;²¹⁸ ante la presencia de principios y valores constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se revela como un método interpretativo un tanto superado,²¹⁹ y lo que se exige al intérprete es acudir a métodos distintos

²¹⁴ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 617 y ss.; Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 31 y ss.

²¹⁵ Rubio Llorente va más allá y afirma que el problema de la interpretación es el problema central de la teoría del Estado y, en alguna medida, de la teoría del derecho, *La forma del poder*, cit., p. 605.

²¹⁶ El proceso histórico-jurídico de esa concepción ha sido explicado por Fix-Zamudio, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, en su libro *Justicia constitucional*, ombudsman y derechos humanos, cit., pp. 1 y ss.

²¹⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III.

²¹⁸ Sobre el concepto de “reglas”, el de “principios” y sus relaciones recíprocas ver Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I.

²¹⁹ Eduardo García de Enterría es contundente en este punto: “Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica”, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, octubre-diciembre de 1996, pp. 619 y 620.

que incorporen conceptos como los de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad; bajo esos esquemas, el intérprete puede solucionar un caso concreto sin tener que decidir sobre la validez de dos normas enfrentadas; lo que corresponde hacer al juez constitucional es ponderar los bienes en tensión y tratar de potenciar o maximizar ambos hasta donde sea *razonable*, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos (excepto, claro está, en casos límite).²²⁰

La razonabilidad, dice Luis Prieto, “podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales”.²²¹ Pensemos por ejemplo en el principio de igualdad, en el cual “no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional”;²²² es decir, la norma constitucional nos dice que todos debemos ser tratados como iguales, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo, raza, ideología, estado de salud, etcétera, pero nunca nos dice cuándo en concreto se configura un trato desigual (en el trabajo, en la escuela, en la familia, en la administración de justicia, etcétera). Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituyen la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o el derecho al honor.²²³

Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos (puesto que todos tienen rango de supremos por estar previstos en la Constitución), sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible.²²⁴ En este contexto, Luis Prieto señala que

se hace del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles, esto es, obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción. En otras palabras, el modelo paleopositi-

²²⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 160 y ss.; sobre la razonabilidad, Carrasco Perera, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 11, 1984.

²²¹ *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 38.

²²² *Ibidem*, p. 39.

²²³ Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, pp. 2-7. Sobre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad y al honor abundamos en el capítulo tercero *infra*.

²²⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161. El Tribunal Constitucional español impone “una exigencia de razonamiento complejo que huya de la mera subsunción; no se trata de imponer el triunfo de la libertad de expresión o del derecho al honor, sino sólo de mostrar y justificar el camino argumentativo que conduce a una u otra solución”, Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 41.

vista de interpretación se muestra incapaz de dar cuenta del tipo de interpretación requerido por el constitucionalismo.²²⁵

Otra modificación al paradigma interpretativo positivista hecha por el constitucionalismo consiste en la nueva consideración “política” de la labor del juez, sobre todo del juez constitucional. Mientras para el positivismo, como consecuencia obvia de la tesis de la subsunción, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley, hoy se acepta que “las decisiones judiciales tienen siempre un componente valorativo”.²²⁶

El juez, lejos de aplicar con absoluta neutralidad la ley, como se cree en México por herencia de la concepción positivista, pasa a integrarse dentro de la lucha política por varios motivos; en primer lugar, por el “componente valorativo” de su actividad; luego porque conoce de controversias políticas (por ejemplo disputas entre las mayorías y las minorías parlamentarias) y, finalmente, porque si el constitucionalismo es una ideología basada y comprometida con ciertos valores, el juez que decida de forma *constitucionalmente adecuada* toma parte dentro de la lucha por la preservación y extensión de esos valores. Se trata, en suma, de un juez “comprometido” no de un neutro decisor jurídico.²²⁷

Para comprender correctamente el tema de la interpretación de los derechos fundamentales hay que considerar que en la Constitución mexicana no hay reglas de interpretación del propio texto constitucional. Alguna previsión interpretativa se encuentra en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 de la Constitución de 1917, pero en referencia a los juicios penales y a los civiles, no a los derechos fundamentales.²²⁸ Tampoco en el derecho internacional de los derechos humanos son muy abundantes las disposiciones normativas que nos señalen cómo debemos interpretar los derechos; destaca en este asunto el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

²²⁵ *Constitucionalismo y positivismo, cit.*, p. 41.

²²⁶ *Ibidem*, p. 38.

²²⁷ Sobre este punto, Andrés Ibáñez, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, pp. 12-14.

²²⁸ El estudio de los párrafos mencionados se realiza en el capítulo cuarto de este libro.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como puede apreciarse, el artículo 29 del Pacto de San José establece una serie de reglas interpretativas: señala que no se puede utilizar el texto del propio Pacto para limitar un derecho en mayor medida de lo establecido por él. Señala también que el Pacto no puede servir para limitar un derecho reconocido en otro instrumento jurídico; esta disposición significa que el Pacto se asume como un texto regulador de derechos “mínimos”, que pueden ser ampliados por otros instrumentos; el intérprete deberá atender a la norma que tutele de manera más amplia el derecho en cuestión. Finalmente, del artículo 29 puede concluirse también que el Pacto tiene un carácter enunciativo y no limitativo, por lo cual su contenido no excluye del goce de otros derechos.

En cualquier caso, conviene tener presente que en materia de interpretación de los derechos fundamentales se requiere de los aplicadores jurídicos nuevas perspectivas y, sobre todo, que se dejen atrás los tradicionales postulados iuspositivistas. Hoy en día el razonamiento judicial en materia de derechos fundamentales debe ser capaz de aplicar racionalmente estándares como los de razonabilidad, corrección funcional, proporcionalidad, ponderación, etcétera.

Por lo que hace a los principios interpretativos particulares que se suelen aplicar a los derechos fundamentales, Edgar Carpio los ha sintetizado acertadamente en los siguientes postulados:²²⁹

—Principio *pro homine*, el cual tiene dos variantes principales: *Preferencia interpretativa*, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actio-*

²²⁹ Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Pa-lestra Editores, 2004.

ne,²³⁰ etcétera). *Preferencia de normas*, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- Posición preferente de los derechos fundamentales (*preferred freedoms*), de acuerdo con este principio, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente alguno de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así, y según se expone en el capítulo tercero, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.
- Mayor protección de los derechos; de acuerdo con este principio, se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un *estándar mínimo*, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales (por desgracia en México todavía no sucede esto, ya

²³⁰ La aplicación de este principio por los tribunales federales mexicanos llevaría a abandonar las tesis jurisprudenciales que indican que, en el juicio de amparo, el estudio de las causales de improcedencia es de orden público y preferente al estudio del resto de la demanda, lo cual en la práctica lleva a que muchos juicios de amparo sean sobreesidos, a veces invocando criterios que violan el principio de acceso a la justicia establecido por el artículo 17 de la Constitución mexicana. Carpio nos advierte que el principio *pro actione* constituye la aplicación del principio *pro homine* al ámbito procesal, de forma que el intérprete debe analizar las restricciones o limitaciones legales para acceder al órgano jurisdiccional de forma restrictiva, con el objetivo de lograr que el mayor número de procesos sea iniciado y, en la medida en que sea posible, se satisfaga la pretensión del demandante optimizando con ello el derecho a la jurisdicción (p. 41).

que los jueces conocen poco los tratados y además los abogados no suelen esgrimirlos en sus demandas).

- Fuerza expansiva de los derechos; este principio se puede aplicar tomando varias perspectivas. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos (esto nos lleva al tema de la *dritwirkung der grundrechte*, que en México apenas comienza a ser explorada, con mucho retraso con respecto a lo que se ha hecho en otros países).

Aunque no son los únicos que existen, los principios anteriores nos pueden servir como guía para interpretar correctamente las normas que contienen derechos fundamentales.

VI. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como posiciones jurídicas que los particulares podían oponer a los poderes públicos. Esta idea es en gran parte deudora del contexto histórico y del desarrollo doctrinal en el que surge la idea de los derechos. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer, pues, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil. Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares.

Por otro lado, ya hemos revisado la concepción derivada de la “teoría liberal” de los derechos, según la cual cada persona tiene protegida una esfera infranqueable para los poderes públicos que le asegura la posibilidad de conducirse como lo prefiera en muchos ámbitos de su existencia. Esa visión, como ya también se apuntaba, ha tenido mucha influencia en México, tanto a nivel teórico como sobre los pronunciamientos de nuestros jueces.

A nivel teórico se ha defendido durante décadas por la doctrina nacional la idea de que los derechos fundamentales establecen relaciones jurídicas entre los particulares (sujeto activo, titular del derecho en cuestión) y las autoridades

(sujeto pasivo, obligado a respetar el contenido del derecho).²³¹ Aceptando este punto de vista, la Constitución en el artículo 103 fracción I y la Ley de Amparo en su artículo 1o. fracción I disponen que el amparo procede contra “actos de autoridad” que violen las garantías individuales.

A nivel jurisprudencial se ha considerado, en consonancia con los dos artículos que se acaban de mencionar, que solamente contra actos de autoridad se puede promover el juicio de amparo; la jurisprudencia tradicional sobre el concepto de autoridad para efectos de amparo es la siguiente:

AUTORIDADES. El término “autoridades”, para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. IV, p. 1067.²³²

Con este punto de vista jurisprudencial se cerraba el círculo: ni teórica ni prácticamente tenía sentido plantear que los particulares pudieran violar los derechos fundamentales de otros particulares.²³³

Con el paso del tiempo, sin embargo, los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha permitido desmontar algunas de las ideas tradicionales. Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen proviniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de muchos de nuestros derechos fundamentales; es decir, hoy en día el Estado no es visto como un enemigo de los derechos sino como un aliado de la sociedad en la consecución de los mismos, siempre que se trate de un gobierno democrático desde luego. Así, por ejemplo, es obvio que

²³¹ Así por ejemplo Ignacio Burgoa afirma que “La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el *activo* o *gobernado* y el *pasivo*, constituido por el *Estados y sus órganos de autoridad*”, *Las garantías individuales*, cit., p. 168.

²³² Este criterio ha sido parcialmente modificado, aunque sin consecuencias para el tema que nos ocupa, por la tesis “AUTORIDAD PARA EFECTOS DE JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO”, tesis XXVII/97 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo texto completo puede verse en Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002, pp. 71 y 72.

²³³ La crítica a las insuficiencias y lagunas del concepto de autoridad y de acto de autoridad para efectos de amparo pueden verse en Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, cit., pp. 65 y ss.

la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, rentabilidad, etcétera); en estos ámbitos, los intereses generales requieren de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado sino de la acción de otros particulares (actuando, con frecuencia, en complicidad con las autoridades, como suele suceder en el caso de México). Pensemos por ejemplo en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente, las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto: el derecho a la igualdad; ¿la discriminación en nuestras sociedades —la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad— se produce por los órganos públicos o por los particulares? ¿cuando una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo por estar embarazada estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares? Los ejemplos, como es obvio, podrían multiplicarse; a varios de ellos iremos haciendo referencia en los próximos capítulos en relación con los derechos concretos que nos asegura el texto constitucional mexicano.

Frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los “poderes salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados.²³⁴

A partir de esta nueva realidad (que quizá no es nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los “efectos horizontales” de los derechos fundamentales o de la “eficacia entre particulares” de estos mismos derechos.

²³⁴ En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 99 y ss.

Se trata de una cuestión bastante compleja que ha sido objeto de un número importante de estudios y monografías.²³⁵ Su tratamiento y exposición en un texto general sobre los derechos fundamentales en la Constitución mexicana es muy difícil de realizar, debido a la complejidad del tema y al espacio que su desarrollo requiere. El lector interesado en profundizar sobre el tema debe acudir a la bibliografía especializada que ya se ha citado.

A pesar de la jurisprudencia tradicional sobre el concepto de autoridad para efectos del amparo, en alguna de sus decisiones la Suprema Corte ha considerado que también los particulares pueden violar preceptos constitucionales que contemplan derechos fundamentales.²³⁶ Se trata, sin embargo, de construcciones todavía muy precarias, que sin duda deberán ser fortalecidas en el futuro inmediato, puesto que tal como están tienen un escaso rendimiento explicativo y aplicativo.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido también la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En concreto, la Corte considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera, podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional. La Corte afirma, a propósito de los derechos de los trabajadores, que

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares [Opinión Consultiva núm. 18, párrafo 140].

²³⁵ Las dos obras más importantes en la materia que se han publicado en español son Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997 y Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. También puede ser interesante consultar los ensayos de Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995 y Von Münch, Ingo, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en Salvador Corderch, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.

²³⁶ Un análisis de este tema en la jurisprudencia mexicana puede verse en Mijangos y González, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003, pp. 81 y ss.

En el mismo sentido, la Corte considera que

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos [Opinión Consultiva núm. 18, párrafo 147].

VII. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

Junto a los derechos fundamentales, la Constitución señala también una serie de “deberes constitucionales”. Aunque, como ha señalado Bobbio, uno de los grandes avances del mundo moderno ha sido la separación entre los derechos y los deberes, asignando los primeros a todas las personas sin ningún tipo de condición, sino por el simple hecho de haber nacido, esto no es obstáculo para que la Constitución pueda asignar también una serie de deberes.

Dichos deberes, en consonancia con lo que ha explicado Bobbio, no pueden bajo ningún concepto entenderse como requisitos para disfrutar de los derechos fundamentales, no son un tipo de condición o barrera que haya que superar. Pero en virtud de que contribuyen a regular desde la Constitución la conducta de las personas, conviene al menos hacer una breve mención de ellos. Una teoría coherente de los derechos debe tener presentes también los deberes si no quiere caer en posturas irresponsables o poco realistas; es obvio que el goce efectivo de los derechos podrá llevarse a cabo en la medida en que también se logre el acatamiento de los deberes. De hecho, una de las críticas que se suele hacer a las teorías de los derechos es que pasan por alto los deberes.²³⁷ Por tales razones es que debemos considerar esa cuestión en este apartado.

Los deberes constitucionales a los que nos referimos, que quizá en sentido estricto se deberían llamar “deberes fundamentales”, son aquellos que la Constitución establece para los particulares; no hacemos referencia a los deberes u obligaciones que el texto constitucional impone a todos los órganos públicos al señalar sus atribuciones (es muy representativo de lo que se acaba de decir el

²³⁷ Ver el comentario al respecto que hace Cruz Parceró, Juan Antonio, “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001, pp. 46-49.

encabezado del artículo 89 constitucional cuando establece que “Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes...”).²³⁸

Para estar en capacidad de identificar un deber constitucional en el sentido que se indica, hay que atender a lo que literalmente disponga la Constitución. En la mayor parte de los casos, los deberes impuestos a los particulares por la Constitución no pueden ser aplicables directamente, entre otras cosas porque la misma Constitución no establece ningún tipo de sanción por su incumplimiento; por eso tiene razón Francisco Rubio Llorente cuando señala que en realidad los deberes constitucionales tienen como destinatario más bien al legislador, que deberá darles contenidos precisos.²³⁹

El primer deber constitucional aparece en el artículo 3o. de la carta magna, cuando en su párrafo inicial señala que la educación preescolar, primaria y secundaria son obligatorias. Esa misma disposición se reitera en el artículo 31 al disponer que “Son obligaciones de los mexicanos: I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley”.

Sobre esta obligación hay que considerar que los sujetos a los que se dirige son menores de edad y que por tal razón el Estado no puede aplicar medidas coactivas para hacerla cumplir. Hay que considerar que los menores están sujetos a patria-potestad o tutela, razón por la cual el deber constitucional puede y debe redirigirse hacia los adultos que ejercen dichas potestades sobre los menores; serán los adultos entonces los responsables del eventual incumplimiento de la obligación señalada en el texto constitucional.²⁴⁰ Sobre decir que, en la práctica, la posibilidad de que el Estado haga cumplir esta obligación es más bien remota, como lo demuestran las altas tasas de ausentismo y deserción escolares.²⁴¹

El mismo artículo 3o., como se verá más adelante con detalle, permite que los particulares impartan educación; para quienes lo hagan la Constitución impone otro deber en los siguientes términos:

²³⁸ Sobre el sentido del concepto “deber constitucional” aplicado a las autoridades, *cfr.* Selwyn Miller, Arthur, “Toward a Concept of Constitutional Duty”, *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, 1968, pp. 199 y ss.

²³⁹ Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, Madrid, mayo-agosto de 2001, p. 21.

²⁴⁰ Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *cit.*, p. 26.

²⁴¹ Sobre ellas se abunda al tratar el tema del derecho a la educación como derecho social, dentro del capítulo quinto de este libro.

En el caso de la educación primaria, secundaria y normal, los particulares deberán:

- a) Impartir la educación con apego a los mismos fines y criterios que establecen el segundo párrafo y la fracción II, así como cumplir los planes y programas a que se refiere la fracción III, y
- b) Obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público, en los términos que establezca la ley [artículo 3o. fracción VI].

Los que parecen condensar de forma más sistemática, al menos a primera vista, los deberes constitucionales, son el ya mencionado artículo 31 y el artículo 36, ambos de la Constitución. En el primero de ellos se señalan las obligaciones “de los mexicanos” y en el segundo las “de los ciudadanos”. Sus textos son los siguientes:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadanos, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del estado y municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:

I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley,

II. Alistarse en la Guardia Nacional;

III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley;

IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y

V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

Como se puede apreciar, las obligaciones corresponden, en términos generales, a los siguientes aspectos: educación, cuestiones militares, deberes tributarios y deberes laborales. Entre los primeros está el ya mencionado de recibir la educación preescolar, primera y secundaria. Entre los deberes militares se encuentra el de asistir a recibir instrucción militar, así como el de alistarse en la Guardia Nacional; ninguno de estos deberes militares se verifica en la práctica; la única obligación militar que medianamente se lleva a cabo (con grandes deficiencias y plagada de actos de corrupción) es la de realizar el servicio militar obligatorio, que deriva de un mandato legal y no directamente de la Constitución. El deber tributario se encuentra en la fracción IV del artículo 31.²⁴²

Por lo que hace a los deberes laborales, que se concretan en la obligación de desempeñar cargos públicos (fracciones IV y V del artículo 36), hay que tomar en cuenta que el artículo 5o. constitucional establece la libertad de trabajo, lo que incluye la libertad para elegir la labor que cada persona quiera desempeñar. Habría sin embargo que considerar que el mismo artículo 5o. establece expresamente que

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

Los deberes constitucionales ya estaban presentes, de alguna u otra manera en los inicios del Estado constitucional mexicano, aunque con un sentido ligeramente distinto al que hoy en día le da el texto de la Constitución de Querétaro. Así, resulta curioso recordar que el artículo 41 de la Constitución de Apatzingán de 1814 establecía que “Las obligaciones de los ciudadanos para con la patria son: una entera sumisión a las leyes, un obedecimiento absoluto a las autoridades constituidas, una pronta disposición a contribuir a los gastos públicos, un sacrificio voluntario de los bienes y de la vida cuando sus necesidades lo exijan. El ejercicio de estas virtudes forma el verdadero patriotismo”. Aunque ya se pueden ver en ese artículo algunas de las ideas que perduran hasta hoy en día (como la obligación de contribuir al gasto público) lo que resulta no-

²⁴² En general sobre el deber de contribuir a los gastos públicos, Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *cit.*, pp. 46-48.

table es la ingenuidad con que estaba adornado al suponer que un texto constitucional podría lograr la “entera sumisión a las leyes”, el “obedecimiento absoluto” o el sacrificio voluntario de la propia vida por las necesidades de la patria. Se trata de un ejemplo notable del romanticismo propio de la primera etapa de la codificación constitucional.

En el derecho internacional de los derechos humanos la noción de deber no es extraña. Por mencionar un ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala en su artículo 29.1 que “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. De forma parecida, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (artículo 32.1).

Desde un punto de vista de filosofía política y de teoría de la justicia, es obvio que el adecuado desarrollo y preservación de los derechos fundamentales en una sociedad democrática exige que los ciudadanos asuman una serie de deberes no en el sentido jurídico del término, sino en un cierto sentido moral o cívico. Es decir, para lograr la vigencia efectiva de los derechos todos debemos asumir una ética pública que refleje el compromiso con los valores que esos derechos buscan defender y preservar. Insisto: no se trata de una reflexión que se pueda hacer desde el ámbito jurídico, sino que pertenece al campo de la axiología moral y de la ética. Algunos autores han sostenido, por ejemplo, que aunque no esté prohibido fumar y que el consumo de cigarrillos forme parte —en términos generales y con las limitaciones que se imponen cuando se quiere fumar en ciertos lugares— de una libertad no regulada, es importante que las personas reduzcan ese consumo en favor de su propio derecho a la salud y del derecho a la salud de los demás. De la misma forma, aunque la libertad de expresión pueda amparar y proteger ciertos discursos de corte racista o degradante para ciertos grupos, una ética de los derechos nos indica que debemos de mantener nuestros discursos dentro de ciertos parámetros de normalidad, no ya para evitar violar una u otra norma jurídica, sino para reforzar los derechos en el ámbito de la ética pública.²⁴³ Sobra decir que las consideraciones éticas y axiológicas no pueden servir en ningún caso para impedir *jurídicamente* la posibilidad de mantener una ética distinta a la de la mayoría; los derechos fundamentales sirven justamente para proteger al disidente individual, a quien decide comportarse según los dictados de su conciencia, por ejemplo fumando 50 cigarrillos al día o hablando sobre la inferioridad de ciertas razas en una plaza

²⁴³ Ver, en este sentido, las consideraciones de Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights*, Nueva York, Norton, 2000, pp. 135 y ss.

pública. Los derechos fundamentales sirven justamente para eso, o no sirven para nada.

VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DE DERECHO: NOTAS PARA UNA SOCIOLOGÍA DE LOS DERECHOS

Antes de terminar este primer capítulo, de carácter general e introductorio al estudio de los concretos derechos fundamentales establecidos en la Constitución mexicana, el lector debe estar advertido de algunas cuestiones colaterales al tema de los derechos, que tienen que ver con el concepto más amplio de Estado de derecho y que se podrían ubicar metodológicamente en una perspectiva sociológica de los derechos.

En primer término habría que señalar que el interés por los derechos fundamentales —o más ampliamente por los derechos humanos— es muy reciente en México. Desde hace poco más de una década, el debate sobre los derechos humanos en México ha crecido en cantidad y en calidad. Una concreción importante de ese debate ha sido la incorporación constitucional de la figura del *ombudsman* en 1992 (artículo 102 inciso B), lo cual ha traído un elemento innovador al ordenamiento jurídico mexicano y ha contribuido para poner en el centro de interés de la opinión pública varios de los temas de la agenda de los derechos humanos que llevaban años sin ser discutidos y analizados.

Lamentablemente, el interés de individuos y organizaciones no se ha visto siempre y en todos los casos correspondido con una actuación coherente y comprometida con los derechos por parte de los poderes públicos, con excepción de lo realizado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que ha servido como una institución clave para el desarrollo de (y la toma de conciencia sobre) los derechos en los últimos años en México.

Podría ser muy amplia la lista de carencias que tienen los derechos en el quehacer jurídico y político nacional. Muchas de ellas están referidas en los capítulos que siguen. Hay algunas otras, de carácter más general, de las que conviene dar cuenta en este momento.

La primera tiene que ver con el desorden que impera dentro del título primero capítulo primero de la Constitución de 1917. Es muy notable que la sistemática utilizada en la redacción del capítulo relativo a las “Garantías individuales” en la Constitución de 1917 no parece, 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 se ha ido ensanchando 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. El lenguaje empleado tanto por el 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 sentido, una primera condición para que el texto constitucional pueda ser, no digo ya aplicado a plenitud, sino simplemente comprendido, es la de rediseñar por completo toda la temática de los derechos en la Constitución. Obviamente, no es que en el estado actual de la Constitución no se pueda hacer nada, pero sí que es cierto que bajo el contenido y la redacción vigentes las limitaciones para la actuación práctica de los derechos empiezan desde el propio texto constitucional, lo cual es muy grave.

Una segunda carencia importante que conviene mencionar en este momento y que impacta en la temática del presente ensayo tiene que ver con el pobre papel que han jugado y siguen jugando los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos. En la arena de la protección jurisdiccional seguimos teniendo en México una serie de lastres de enormes dimensiones.

No se trata solamente de la no existencia de vías jurisdiccionales internas para proteger los derechos sociales, sino en general del funcionamiento deficiente del poder encargado por mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales. El Poder Judicial federal, a pesar de que en los últimos años ha sido modernizado de forma importante,²⁴⁴ sigue actuando de manera poco “comprometida” (por decirlo de algún modo) con los derechos.

Como se verá en los capítulos que siguen, una parte de la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte (por no hablar de la jurisprudencia histórica, de la que se pueden sacar ejemplos que harían sonrojar al más conspicuo defensor de la “razón de Estado”) pone de manifiesto la poca preparación de sus integrantes en materia de derecho constitucional en general y de derechos fundamentales en particular. En casi todas sus sentencias la Corte sigue anclada en un modelo de interpretación constitucional marcadamente positivista,²⁴⁵ sin tomar en cuenta los nuevos desarrollos que se han producido en el mundo en los últimos años. Es urgente una actualización de nuestro jueces en materia de interpreta-

²⁴⁴ De este tema me he ocupado en Carbonell, Miguel, “¿El tercero ausente? Poder Judicial y democracia en México”, *Metapolítica*, México, núm. 30, julio-agosto de 2003, pp. 94-101; *id.*, “El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003, pp. 91-95.

²⁴⁵ Las características de la “interpretación positivista”, a la que ya nos hemos referido en el apartado dedicado a la interpretación dentro de este mismo capítulo, han sido explicadas en Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*

ción constitucional y en particular de interpretación de los derechos fundamentales.

Las anteriores carencias, que tienen que ver con una óptica interna de la protección jurisdiccional de los derechos, se complementan con otras que se refieren al ámbito internacional. Quizá más por necesidades históricas y geográficas que por convicción política, México se ha mostrado tradicionalmente reacio a reconocer mecanismos internacionales de solución de controversias.

No fue sino hasta finales de 1998 cuando reconoció —con algunas reservas más bien penosas— la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Frente a la creación del Tribunal Penal Internacional la diplomacia mexicana se mostró en un inicio muy tímida, apoyando un modelo restrictivo de Tribunal, en consonancia con la postura adoptada por los Estados Unidos en la Conferencia de Roma encargada de redactar su Estatuto. El proceso de ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado mexicano ha estado marcado por importantes resistencias, provenientes tanto de los sectores más conservadores del gobierno mexicano (como las fuerzas armadas), como de algunos sectores reaccionarios instalados en el Poder Legislativo.

Es de esperarse que en el futuro inmediato, ante la nueva caracterización del escenario político internacional, México vaya cambiando algunos de sus principios de política exterior recogidos en el artículo 89 fracción X, de forma que se pueda sumar a la importante corriente de defensa internacional que busca hacer de los derechos realidades universales.

Desde luego, resulta ya muy ingenuo seguir arguyendo cuestiones de soberanía para no reconocer los mecanismos internacionales de derechos humanos cuando en todas las demás materias —sobre todo en las de contenido económico— México se ha abierto de par en par, integrándose completamente en las nuevas coordenadas que marca la globalización.

Aparte de lo anterior y de muchas otras cuestiones que haría falta explicar, en México todavía no se ha creado una cultura de los derechos humanos. Los derechos siguen siendo patrimonio casi exclusivo de universitarios ilustrados y de una parte de las cada vez más depauperadas clases medias urbanas, pero no significan nada para los millones de pobres que habitan el territorio mexicano. En este punto se requiere de un esfuerzo masivo de difusión de los derechos, en el que mucho pueden contribuir los medios de comunicación masiva.

Hoy en día, junto a los trabajos de frontera, los teóricos del derecho deben hacer un esfuerzo muy intenso y sostenido de difusión de la cultura jurídica, y particularmente de la cultura constitucional. A veces escribimos sobre la Constitución y sobre los derechos humanos pensando que todos los habitantes de México están al tanto de lo que aquélla establece o que saben perfectamente

cuáles son esos derechos. Pasamos por alto un requisito previo para la efectividad de los derechos fundamentales: que sean conocidos por sus titulares y por los obligados a su cumplimiento. No hay forma más fácil y más gratuita de violar un derecho que bajo el amparo de la ignorancia de sus titulares.

Las evidencias empíricas, sin embargo, deberían de llamar la atención sobre lo dicho: las encuestas parecen demostrar que las personas no conocen el texto constitucional mexicano, ni están al tanto de los derechos que establecen los tratados internacionales en su favor.

Por ejemplo, de acuerdo con los datos de la “Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas”, levantada entre noviembre y diciembre de 2001 por la Secretaría de Gobernación,²⁴⁶ a la pregunta “¿Qué tanto conoce los derechos de los mexicanos establecidos en la Constitución?”, el 60% de los encuestados respondió que “poco” y el 35% que “nada”; es decir, el 95% de los encuestados dijo conocer poco o nada sus derechos constitucionales; solamente el 4.5% dijo conocer “mucho” sus derechos.

En la misma encuesta se preguntó “En México, ¿quién tiene la facultad para aprobar las reformas a la constitución?”. Con esta pregunta se buscaba determinar el nivel de conocimiento de nuestra carta magna. Ningún porcentaje relevante de los encuestados sabía lo que establece el artículo 135 constitucional. El 20.5% directamente dijo que “no sabe”; el 29% dijo que la reforma constitucional la hace “El presidente”, el 40% que “El Congreso”, el 4.5% que la “Suprema Corte de Justicia”, el 1.5% que la “Comisión Nacional de los Derechos Humanos” y el 0.8% que el “Instituto Federal Electoral”.

Estos datos ponen de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de difundir los contenidos constitucionales vigentes y de hacerlos llegar a sus destinatarios.

Repito: la primera y más obvia forma de violación de un derecho se produce cuando ese derecho no es ni siquiera conocido, cuando su titular no sabe que lo tiene, cuando nadie se lo ha explicado y no tiene forma alguna para hacerse con ese conocimiento. La implicación de grandes sectores de la población en la lucha por los derechos, la movilización social a su favor es una condición necesaria —aunque no suficiente, como se ha encargado de demostrar la historia de los últimos años— para que esos derechos salgan de los textos constitucionales y los tratados académicos y se materialicen en nuestra experiencia cotidiana. La implicación popular es indispensable para evitar también la manipulación fraudulenta en contra de los derechos, a la que con cierta frecuencia han acudido nuestros políticos para quitarse de encima su falta de ideas o su palmaria in-

²⁴⁶ Un resumen de la misma se encuentra en la revista *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 137, agosto de 2002.

capacidad de resolver los problemas sociales respetando las reglas del Estado de derecho. Como sostenía el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Louis Brandeis, “un pueblo inerte es la mayor amenaza para la libertad”; a esa inercia se le vence con un debate público abierto y bien nutrido, el cual, según el propio Brandeis, “es un deber político”.²⁴⁷

Pero también es necesario un compromiso renovado de la cultura jurídica y constitucional, que en el pasado ha preferido silenciar las enormes violaciones de derechos humanos que se han sucedido en México a cambio de seguir disfrutando de una serie de prebendas y beneficios que ha obtenido bajo la sombra de los poderes públicos. Como señala Ferrajoli, “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 significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad”.²⁴⁸

Los puntos que se acaban de referir, a pesar de su gravedad, no son sino la cara amable —por decirlo de alguna manera— de la problemática de los derechos humanos en México. Todavía en su informe anual 2001 (que analiza los hechos sucedidos durante el año precedente), la organización Human Rights Watch ha documentado la existencia en el país de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, denegación y dilación de justicia, corrupción de los agentes encargados de aplicar la ley, etcétera.²⁴⁹ Vale la pena detenerse en algunos puntos de ese texto.

El informe comienza con las siguientes palabras: “Las graves violaciones a los derechos humanos, entre ellas la tortura y la detención arbitraria, continuaron en México durante el 2000”. Del escaso compromiso con los derechos humanos por parte de algunos jueces y ministerios públicos da cuenta el siguiente párrafo:

Las deficiencias en la administración de justicia fueron de hecho una preocupación importante. Los agentes del Ministerio Público ignoraron con frecuencia los abusos policiales y también fabricaron directamente pruebas, y la supervisión judicial de su trabajo fue seriamente inadecuada. Los tribunales aceptaron pruebas obtenidas mediante violaciones a los derechos humanos, lo que incluyó registros ilegales, y los jueces citaron precedentes legales que menoscabaron las garantías de los derechos humanos.

²⁴⁷ Ver su voto concurrente en *Whitney vs. California* de 1927.

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 68.

²⁴⁹ Dicho informe se puede consultar en www.hrw.org.

En junio de 1999 expresó el mismo parecer la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, quien después de una visita a México escribió un informe en el que se decía que en el país “persisten las ejecuciones extrajudiciales y la impunidad de quienes las cometen”.²⁵⁰ Luego de dar a conocer sus impresiones, no faltaron las voces —incluso desde las cámaras del Congreso y por parte de los entonces responsables de la política interior y exterior— que señalaron que con esa actitud la Relatora estaba “invadiendo la soberanía” de México y sobrepasándose en sus funciones: fueron muestras claras de la vieja tesis soberanista empleada para solapar violaciones de los derechos humanos.²⁵¹

Sin embargo, la Relatora fue incluso mucho más suave que el Departamento de Estado estadounidense, que en un informe sobre los derechos humanos en México presentado al Congreso de Estados Unidos —citado en el informe de Human Rights Watch—, incluía el siguiente párrafo:

Entre los continuos abusos graves se encuentran los asesinatos extrajudiciales; las desapariciones; la tortura y otras violaciones; la corrupción policial y su presunta implicación en abusos relacionados con el narcotráfico; las malas condiciones en las prisiones; el arresto y la detención arbitrarias; la prolongada detención provisional; la falta de debido proceso; la ineficiencia y la corrupción judicial; los registros ilegales; los ataques y amenazas contra periodistas; cierta autocensura; los atentados, hostigamientos y amenazas contra observadores de derechos humanos; la violencia y discriminación contra la mujer; la prostitución y el abuso infantil; la discriminación contra los pueblos indígenas; la violencia y la discriminación contra las minorías religiosas; la violencia contra los homosexuales; las limitaciones de los derechos del trabajador; el trabajo infantil abundante en la agricultura y la economía informal; y el tráfico de personas.

Se podrá desacreditar la fuente si se quiere (a estas alturas casi a nadie pueden parecerles neutrales los análisis de dicho Departamento), pero lo importante es analizar y discutir, más allá de quién haya escrito lo anterior, si son o no ciertos los hechos que se afirman. Habría más de un indicio para afirmar que sí lo son.

Ni el gobierno ni los órganos encargados de ejercer la jurisdicción laboral salen mejor parados del análisis de Human Rights Watch: “El gobierno mantuvo algunas restricciones legales sobre la libertad de asociación y el derecho de

²⁵⁰ El texto del informe se encuentra en el documento E/CN.4/2000/3/Add.3.

²⁵¹ Ver Carbonell, Miguel, “La lucha por los derechos humanos”, *Reforma*, 2 de agosto de 1999.

huelga de los trabajadores, y los juzgados laborales responsables de conocer los casos de despidos improcedentes y de otro tipo no fueron imparciales”.

Por otro lado, las condiciones que privan en los reclusorios y cárceles mexicanas nada tienen que ver con la dignidad humana, tal como desde hace varios años ha comprobado y denunciado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Y lo mismo puede decirse del sistema penal en su conjunto, empezando por las policías preventivas, siguiendo por los ministerios públicos y terminando por los jueces penales.

En buena medida, lo que se acaba de decir tiene que complementarse mencionando otras deficiencias de más largo alcance —si cabe—, producto sobre todo de la falta de implantación a nivel nacional de los principios del Estado de derecho y del fenómeno creciente y preocupante de la violencia ilegal, perpetrada tanto desde algunos órganos públicos como por los particulares.

Aunque sería muy prolijo intentar mostrar con detalle lo que se acaba de apuntar, es importante que antes de empezar con el estudio teórico de los derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano, se tenga bien presente que hay una serie de factores de orden práctico que impiden que dichos derechos puedan valer (quiero decir, que valgan en la realidad, que es una cuestión distinta al hecho de que tengan validez desde el punto de vista jurídico) en todo el territorio nacional.

El advenimiento de la democracia no ha significado, por sí mismo, que se cumpla en cada rincón del país con lo que establece la ley; por el contrario, en aspectos relacionados con el Estado de derecho hay muchas cosas que parecen no haber cambiado nada o muy poco.

Por un lado, tenemos el problema de la delincuencia, creciente e impune, en los grandes núcleos de población. En el ámbito rural, por el contrario, lo que tenemos es el ejercicio cotidiano de violencia ilegal, como consecuencia de que el Estado no ha logrado hacerse con el monopolio de la fuerza,²⁵² en este hecho tiene un papel no menor el gran número de armas de todo tipo que circula por el país.

Creo que, en términos generales, ya no se puede hablar de un plan orquestado desde las instituciones públicas para torturar o para desaparecer delincuentes; es posible que en los años recientes las agresiones por motivos políticos hayan descendido considerablemente; pero siguen siendo muy graves los abu-

252 Sobre el tema, Plant, Roger, “El imperio de la ley y los desfavorecidos en América Latina: una perspectiva rural”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 93 y ss.

sos policiales durante la detención, así como las condiciones carcelarias en las que se cumplen las sanciones.²⁵³

El problema de las cárceles es uno de los más importantes en materia de derechos fundamentales, pues tal parece que son territorios en donde únicamente rigen dos leyes, que en realidad son una sola: la ley del más fuerte y la ley del dinero. Como señala Paulo S. Pinheiro:

Las condiciones de las cárceles se caracterizan por la superpoblación en la mayor parte de las instituciones de la región. La alimentación, las condiciones sanitarias y la asistencia médica son pobres. En gran parte de los casos, el manejo de estos establecimientos es arbitrario y opresivo, y con frecuencia el funcionamiento interno de las prisiones se deja en manos de los presos mismos. Las consecuencias de estos factores sobre los cientos o miles de presos que se concentran en espacios muy limitados y se encuentran sujetos a una verdadera opresión por parte de los guardias y a la violencia sexual de otros presos incluyen con frecuencia disturbios y motines. La reacción de las fuerzas policiales a estas protestas ha generado, en numerosos países de la región, masacres cometidas en nombre de la restauración del “orden”. La cárcel en América Latina es el espacio del desorden que queda en evidencia como consecuencia de las revueltas carcelarias.²⁵⁴

Es obvio que, con todo lo que se ha dicho, es muy difícil poder hablar de un régimen democrático consolidado.²⁵⁵ El Estado en general en América Latina y en México en particular se ha vuelto sumamente débil. Se debe enfrentar a enemigos muy poderosos, algunos de los cuales operan incluso bajo la protección oficial y desde dentro de los propios órganos públicos. El fortalecimiento de las redes del crimen organizado —sobre todo del narcotráfico— ha minado aún más las ya de por sí débiles bases de legitimidad del Estado.

La respuesta frente a la criminalidad no es muy alentadora: se están militarizando de forma alarmante los órganos encargados de la seguridad pública. Esto es lamentable, entre otras cuestiones, porque parece que no nos queremos dar cuenta de la experiencia de algunos de los países de nuestro entorno, que ya han ensayado antes ese tipo de solución, la cual ha terminado fracasando, bien

²⁵³ Rodley, Nigel S., “Tortura y condiciones de detención en América Latina”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., pp. 37 y ss.

²⁵⁴ Pinheiro, Paulo S., “Introducción. La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit. p. 18.

²⁵⁵ O'Donnell, Guillermo, “Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., pp. 305 y ss.

sea porque los militares han sido blancos fáciles para la corrupción o bien porque, en un momento dado, los propios militares deciden que es tiempo de tomar directamente el poder a fin de estar en condiciones de restablecer el orden de una vez por todas. Con tal de quedar bien instantáneamente con la opinión pública nuestros gobernantes olvidan que lo difícil no es sacar a los militares de sus cuarteles, sino hacer que regresen a ellos.

Al aumentar la inseguridad pública y con el crecimiento de la delincuencia (o al menos de su percepción, que no siempre es lo mismo), también se ha creado un lamentable clima de animadversión hacia los derechos humanos; con frecuencia se cae en la posición absurda de pensar que los derechos sirven para proteger delincuentes, idea que es capitalizada eficazmente por los políticos para hacer manipulaciones electorales de todo tipo. Lo cierto, sin embargo, es que ese clima de opinión pública existe y sería una necedad intentar no darse cuenta de ello. Lo más grave, sin embargo, es que a partir de esas percepciones, se comienzan a justificar atropellos a los derechos humanos, amparando una supuesta “mano dura” en contra de los delincuentes; Juan Méndez, que también menciona la indiferencia con que la población recibe los esfuerzos para mejorar los derechos, lo explica con las siguientes palabras:

En muchos países, la preocupación por la percepción del aumento del delito y por la inseguridad de los ciudadanos está favoreciendo una peligrosa tendencia a la justificación de la brutalidad policial, o al menos una tendencia a considerarla tan sólo un desafortunado hecho de la vida. En el mejor de los casos, existen protestas públicas contra la tortura y la brutalidad policial, ruidosas pero generalmente breves; en el peor de los casos, las manifestaciones toman la forma de apoyo activo a tales acciones. Las actitudes públicas hacia el delito, en no pequeña medida alentadas por rituales de prensa sensacionalista y alarmista, están frecuentemente marcadas por un sentido de la “justicia” al estilo Rambo que sólo puede alcanzarse esquivando los procesos legales y suprimiendo delicadezas tales como la presunción de inocencia.²⁵⁶

Como podrá percibir el lector, el cuadro general que se observa en México en materia de derechos humanos no permite ser muy optimistas, si bien hay datos que hacen suponer que algo se ha avanzado en los últimos años; por lo menos el tema ya figura dentro de la agenda pública nacional. No es poco.

²⁵⁶ Méndez, Juan E., “Problemas de violencia ilegal. Una introducción”, en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., p. 34.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., “El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes”, en HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- AJA, Eliseo, “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002.
- , “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000.
- , “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999.
- ARAGÓN, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986.
- , “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987.
- , “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 1, 1997.
- ATIENZA, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987.
- y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- AYALA CORAO, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- BAÑO LEÓN, José Ma., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 24, 1988.

- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997.
- , *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- BOBBIO, Norberto, *L'eta dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997.
- , *Teoría general del derecho*, trad de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- , *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.
- , “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1989.
- , *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002.
- , *El juicio de amparo*, 29a. ed., México, Porrúa, 1992.
- CANCADO TRINDADE, Antonio A. y otros, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, UIA, Porrúa, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.
- , *Justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, UNAM, 1987.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004.

- , *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- , “¿El tercero ausente? Poder judicial y democracia en México”, *Meta-política*, México, núm. 30, julio-agosto de 2003.
- , “El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003.
- y otros (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003.
- , “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003.
- CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa, IIJ-UNAM, 1998.
- y CARBONELL, Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, UNAM, 2003.
- CASAL, Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, III, Montevideo, 2002.
- CASSESE, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, t. 192, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986.
- CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, *Nacionalidad, estatalidad y ciudadanía*, México, Porrúa, 2002.
- COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, prólogo de Manuel Atienza, México, Fontamara, 1999.
- , “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.

- , “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999.
- DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003.
- DOMINGO, Tomás de, “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, 2002.
- DULITZKY, Ariel E., “La Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en VV. AA., *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- , “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1992.
- , “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 29, 1997.
- , “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- , “Quali sono i diritti fondamentali?”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Garantías”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002.
- , “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002.
- y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.
- (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.

- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constitucionales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dyckinson, 1992.
- , “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, II, San José, IIDH, 1995.
- , *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, IIJ-UNAM, 1999.
- , *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999.
- , *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 1998.
- , “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, octubre-diciembre de 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2002.
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós, UNAM, 2000.
- GOMES CANOTILHO, J. J., “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 43, enero-abril de 1995.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “Titularidad de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- , “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.

- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992.
- , *Le fonti del diritto e L'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1993.
- , “Invalidity”, *Ratio Iuris*, Londres, vol. 7, núm. 2, julio de 1994.
- , “La Constitución como límite a la legislación”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa, IJ-UNAM, 2002.
- , “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, Fontamara, IJ-UNAM, 2003.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003.
- HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, en *id.*, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- , *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, “Las tensiones internas del federalismo mexicano”, en *id.* (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- , *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- , “Significado de los derechos fundamentales”, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política y como idolatría*, introducción de Amy Gutmann, Barcelona, Paidós, 2003.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- , “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- , “Interpretación conforme”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- , “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- JUNQUERA, Rafael, “La fundamentación de los derechos humanos: un intento de sistematización”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.
- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2001.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, 1980.
- , “L’universalità dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1992.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.
- y NORMAN, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- , “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- LUCAS, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- , “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, UCM, 1993.
- LUJÁN PONCE, Nohemí, “Credibilidad y confianza políticas: elementos para un diagnóstico de la cultura política en México”, en VV. AA., *Deconstruyendo la ciudadanía. Avances y retos en el desarrollo de la cultura democrática en México*, México, Segob, Miguel A. Porrúa, 2002.

- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- MÉNDEZ, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003.
- MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de las normas constitucionales”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Madrid, enero-diciembre de 1982.
- NINO, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- , “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- , “La universalidad de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- PISARELLO, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 41, julio de 2001.
- PRIETO, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994.
- , *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999.
- , “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.

- , “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- , *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- , *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.
- , *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- RODRÍGUEZ TOUBES, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ROLLA, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, Madrid, núm. 3, junio de 2000.
- , *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 75, septiembre de 1997.
- , “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 62, mayo-agosto de 2001.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.
- SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.
- SELWYN MILLER, Arthur, “Toward a Concept of Constitutional Duty”, *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, 1968.
- SOSA, Boaventura de, *Reinventar el Estado. Reinventar la democracia*, Madrid, Sequitur, 1999.
- SPECTOR, Horacio, “La filosofía de los derechos humanos”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, 34a. ed., México, Porrúa, 2001.

- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.
- , “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002.
- VILLAVERDE, Ignacio, “Concepto, contenido y límites de los derechos fundamentales”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- VITALE, Ermanno, “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo e iuspositivismo”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- VON MÜNCH, Ingo, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en SALVADOR CODERCH, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- VV. AA., *El ombudsman judicial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.
- VV. AA., *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.
- , *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.
- ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- ZOLO, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- , “La strategia della cittadinanza”, en *id.* (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.
- , “Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico”, *Filosofia Politica*, XIV, núm. 1, abril de 2000.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE IGUALDAD

I. Introducción al concepto de igualdad..	161
1. Igualdad y justicia	162
2. Perspectivas sobre la igualdad	163
A. La perspectiva lógico-lingüística	164
B. La perspectiva filosófico-política	165
C. La perspectiva jurídica.	168
3. ¿Qué diferencias son relevantes?	169
4. Igualdad en la aplicación de la ley e igualdad ante la ley .	173
II. La igualdad en derechos fundamentales (artículo 1o., párrafo primero)	175
III. El principio de no discriminación (artículo 1o., párrafo tercero)	177
1. Concepto de discriminación.	179
2. La no discriminación frente a los particulares	182
3. El control jurisdiccional de la no discriminación	186
4. La jurisprudencia mexicana sobre no discriminación . . .	189
5. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación .	194
IV. La igualdad entre el hombre y la mujer y la protección de la familia (artículo 4o., párrafo primero)	208
1. La igualdad entre el hombre y la mujer	208
A. La igualdad entre el hombre y la mujer en la jurisprudencia	210
B. La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral	214

C. La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos	217
D. Algunos datos sobre la desigualdad de género	222
E. La igualdad entre el hombre y la mujer en la teoría constitucional mexicana	227
2. La protección de la familia	228
V. Las prohibiciones del artículo 12 constitucional	239
VI. El artículo 13 constitucional.	241
1. Leyes privativas	242
2. Tribunales especiales	248
3. Emolumentos	250
4. Fuero militar	253
VII. La igualdad en sentido sustancial	262
1. Las acciones positivas	264
2. Las cuotas electorales de género	275
A. Las razones a favor y en contra de las cuotas electorales de género.	276
B. Las cuotas electorales en México	280
C. Las cuotas y el derecho internacional de los derechos humanos	284
3. El derecho a la renta básica	285
VIII. Bibliografía	291

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE IGUALDAD

I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE IGUALDAD

El de igualdad es un concepto complejo, que atañe al quehacer de diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho.¹

Se trata, sin embargo, de una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada casi siempre por posicionamientos ideológicos. Como señala Francisco J. Laporta:

La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes.²

Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado.

¹ Tiene razón Gosta Esping-Andersen cuando afirma que “En el sentido más amplio posible, la igualdad constituye el principal *leivmotiv* de la ciencia social. En economía se hace hincapié en la distribución (y la utilización) de los recursos escasos; en ciencias políticas se insiste más en el poder; y en sociología, en la estratificación social”, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16. Como veremos a lo largo de este capítulo, también el derecho tiene sus propias preocupaciones y tareas en relación con la igualdad.

² Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, num. 67, 1985, p. 3.

El primer artículo de que lo que, junto con la Constitución estadounidense de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

1. *Igualdad y justicia*

Aparte de lo anterior, la igualdad dentro del pensamiento filosófico de la modernidad ha estado vinculada al concepto más amplio de justicia. Esto es lo que explica que la más importante formulación teórica sobre la justicia que se realizó en el siglo XX, la famosa *Teoría de la justicia*, de John Rawls, afirme como los dos grandes principios de justicia cuestiones que están inmediatamente relacionadas con la igualdad. Para Rawls, los dos principios a partir de los cuales habría que comenzar a edificar una sociedad justa (partiendo de lo que el propio Rawls llama “la posición originaria”) son los siguientes:

Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos.³

Como se puede ver, el nexo que establece Rawls entre justicia e igualdad es inequívoco.⁴ A partir del primer principio se podría construir el mandato constitucional de la igualdad en los derechos fundamentales, que como veremos más adelante aparece establecido en el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución mexicana. En la última parte del primer principio también está implícita la idea de que las libertades básicas (concepto que podríamos ampliar para incluir a los derechos fundamentales) no se pueden restringir con cualquier argumento, sino solamente en la medida en que así lo exija la necesidad de que todas las personas tengan el mismo esquema de libertades (es decir, se trata del conocido principio según el cual mi derecho puede llegar hasta donde

³ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 67 y 68.

⁴ Sobre la teoría de Rawls se han escrito infinidad de libros y artículos; su libro ha sido uno de los más citados dentro de las ciencias sociales desde que apareció en 1971; para una introducción a su teoría, en relación con el principio de igualdad, Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 63 y ss.

comienza el de otra persona; cuestión que en la práctica no es fácil de dilucidar, pero que como principio normativo es irrefutable).

El segundo principio parte de la idea de que la regla debe ser la igualdad; las desigualdades deben ser la excepción y solamente se pueden tolerar bajo las dos circunstancias que enumera en el mismo principio. De esas dos circunstancias o condiciones también se pueden extraer interesantes consecuencias para la fundamentación de los derechos de igualdad previstos por el orden constitucional; según la primera de ellas, podemos justificar el criterio de “protección de los más débiles”, que tiene mucha relevancia en el ámbito de los derechos sociales, como lo veremos oportunamente; sólo a partir de la protección preferente de los más débiles podemos justificar que una desigualdad sea ventajosa para todos.

De acuerdo con la segunda circunstancia podemos construir y fundamentar el principio de igualdad de oportunidades que subyace al mandato de igualdad formal ante la ley; es decir, para que una desigualdad esté justificada, debe darse una igualdad de oportunidades a todos los miembros de una sociedad, de manera que los “empleos y cargos” (podríamos ampliar esta idea para hacerla extensiva a todos los bienes socialmente relevantes, o por lo menos a todos los bienes básicos) sean realmente asequibles a todos; a partir de este principio podrían justificarse, por ejemplo, las cuotas electorales de género, cuyo estudio pormenorizado se realiza en la parte final de este mismo capítulo. Es importante destacar que para Rawls los “empleos y cargos” deben ser *realmente asequibles* a partir de la igualdad de oportunidades; es decir, no solamente se trata de decir que son asequibles en tanto que no hay impedimentos formales para acceder a esos bienes sociales, sino que se deben generar las condiciones necesarias y suficientes para que en efecto exista la posibilidad real de acceder a ellos.⁵

2. Perspectivas sobre la igualdad

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci,⁶ y que en seguida desarrollamos.

⁵ En este punto la teoría de Rawls quizá pueda empatarse con algunos conceptos desarrollados por las teorías neorrepublicanas, que sostienen la pertinencia de lograr esquemas de “libertad real para todos”; este es, justamente, el empeño de la importante obra de Van Parijs, Philippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996. Sobre el mismo tema puede verse Ovejero, Félix y otros (comps.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y sociedad*, Barcelona, Paidós, 2004.

⁶ Comanducci, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto* 1992, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 85-87.

A. La perspectiva lógico-lingüística

Un primer nivel de análisis de la igualdad es el *lógico-lingüístico*. En este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta “¿igualdad en qué sentido?”. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad; el objetivo sería determinar sus usos lingüísticos.

Si acudimos al *Diccionario de la Lengua Española*, podemos encontrar que el vocablo “igualdad” proviene del latín *aequalitas* y tiene dos significados generales y un significado específico en matemáticas; en general significa “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”, así como “Correspondencia o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo”; en matemáticas significa “equivalencia de dos cantidades o expresiones”.

¿Qué significa decir que dos personas o dos objetos son iguales? Para que dos personas o dos objetos sean iguales deben mantener una relación de igualdad, la cual debe cumplir con tres propiedades: ser reflexiva ($A=A$), ser simétrica ($A=B$, $B=A$) y ser transitiva (si $A=B$, $B=C$, entonces $A=C$).⁷

Para el ámbito de las ciencias sociales es importante recordar que cuando utilizamos el término igualdad normalmente lo hacemos en un sentido normativo y no descriptivo;⁸ es decir, cuando decimos que dos personas son iguales ante la ley lo que en realidad queremos decir es que la ley *debería* tratarlas como iguales, porque de otra manera esa ley estaría violando tal o cual artículo de la Constitución o de un tratado internacional.

Nuestra perspectiva es también de carácter normativo en la medida en que, como es obvio, no hay dos personas completamente iguales. A las ciencias sociales lo que les interesa es saber cuáles son las diferencias entre las personas que pueden ser tomadas en cuenta. Así por ejemplo, a la economía le puede interesar la desigualdad de ingresos existente entre dos o más personas, porque de esa manera se puede hacer un cálculo de los impuestos que debe pagar cada una de ellas; la sociología puede tomar en cuenta las distintas formas de agrupamiento familiar que se producen en una sociedad, analizando las causas por las que unas personas tienen ciertos vínculos familiares y otras sostienen una forma diferente de convivencia. Siguiendo a Laporta podemos decir que las ideas de la igualdad o de la desigualdad no están determinadas principalmente

⁷ Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad”, en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 67 y 68.

⁸ Tomo esta idea de Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad”, *cit.*, p. 66. En el mismo sentido, Valcárcel, Amelia, “Igualdad, idea regulativa”, en *id.* (comp.), *El concepto de igualdad*, *cit.*, pp. 1-15.

por hechos, sino que son producto de la estructura normativa de la sociedad;⁹ esa estructura ha sido variable históricamente, razón por la cual, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, la igualdad que tenemos en las sociedades contemporáneas —mucho o poca en la práctica, eso es otra cuestión— se ha ido ganando por parcelas, por avances grandes y pequeños, pero no se ha dado de una vez y para siempre.

Al derecho la pregunta que le interesa, como lo veremos más adelante, es la de ¿cómo lograr la igualdad? Para contestar esa pregunta, sin embargo, la ciencia jurídica tiene que tener claras muchas cuestiones que parten del significado lingüístico, pero también de la perspectiva política desde la que puede ser analizada la igualdad. Justamente sobre la igualdad política trata el siguiente apartado.

B. La perspectiva filosófico-política

El segundo nivel desde el que se puede analizar la igualdad es el *filosófico-político*. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: “¿por qué igualdad?” y “¿qué igualdad?”. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que en general existen desde la perspectiva filosófico-política (más adelante nos referiremos a los tipos de igualdad que existen desde el punto de vista jurídico).

Desde una perspectiva filosófico-política, Ronald Dworkin ha distinguido la “igualdad económica” de la “igualdad política”.¹⁰ La igualdad económica, de acuerdo con este autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinado por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines.

⁹ Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, p. 3. Este autor señala, en consonancia con lo que se acaba de decir, que hay que tener presente que la idea de igualdad es un principio y no una descripción genérica de la sociedad.

¹⁰ Dworkin, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, pp. 478 y ss.; del mismo autor, *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, sobre todo los caps. 1 y 2, dedicados respectivamente a la igualdad de bienestar y a la igualdad de recursos.

Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abunda más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación política (o en el derecho a ella), entonces habrá que determinar —desde el punto de vista político— el significado de esa igualdad.¹¹ Böckenförde señala que

Democracia e igualdad están estrechamente vinculadas. La posesión del poder de ejercer el dominio político y el punto de partida para la legitimación de este poder no puede atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo. La igualdad de los derechos políticos es así imprescindible para la democracia. Pues si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; democracia significa también, aquí y siempre, igualdad en la libertad.¹²

En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas que pertenecen a una comunidad —o la amplia mayoría de ellas— pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular.

Consecuencia de este significado de la igualdad política es el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de “una cuota igual... de participación en el proceso político decisonal”, como resultado del reconocimiento de que “los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de *todos* los individuos considerados... tienen una *igual dignidad*”.¹³

Los enfoques que, como el de Bovero al que acabamos de hacer referencia, llaman la atención sobre la igualdad política en cuanto *forma de tomar decisiones* se ubican dentro de lo que Alfonso Ruiz Miguel ha denominado el “modelo procedimental” de la igualdad política. El propio Ruiz Miguel explica que jun-

¹¹ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 24.

¹² Böckenförde, Ernst Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 82 y 83.

¹³ Bovero, *Una gramática de la democracia*, cit., p. 26.

to al “modelo procedimental” puede ubicarse el “modelo de preferencias”, que en vez de poner el acento en asegurar la igualdad mediante una correcta forma de tomar decisiones (un hombre, un voto, por ejemplo), se propone que la igualdad política se traduzca en la mayor medida posible en la satisfacción de las preferencias de los votantes.¹⁴

Este segundo modelo es interesante porque añade algún elemento de sofisticación en el entendimiento de la igualdad política; así, por ejemplo, si queremos asegurar que las preferencias de los votantes tengan la consideración más igual que sea posible, entonces es probable que tengamos que diseñar un sistema electoral basado en la proporcionalidad, para que los votos de los ciudadanos se traduzcan de la manera más fiel posible en la distribución de los asientos parlamentarios; es obvio que un sistema electoral mayoritario no toma en cuenta el “modelo de las preferencias” tan en serio como lo hace un sistema proporcional, si bien se puede decir que respeta el “modelo procedimental” en tanto asigna a cada ciudadano una cuota igual de voto (uno por persona). En el mismo sentido, si adoptamos el “modelo de las preferencias” probablemente tendremos que hacer un diseño muy cuidadoso de los distritos electorales a fin de que no existan graves desbalances entre unos y otros; por ejemplo, no sería conforme a ese modelo que en un distrito electoral conformado por 30,000 ciudadanos eligieran el mismo número de representantes que en otro distrito integrado por 300,000 ciudadanos.¹⁵

La igualdad política seguramente podría verse mejor realizada en un sistema de democracia directa pues en ese sistema se reduce la distancia entre quienes ocupan un puesto público y los simples ciudadanos, consiguiendo de esa forma lo que se ha llamado la “igualdad vertical”.¹⁶ Como señala Ruiz Miguel,

la democracia representativa hace que la desigualdad entre gobernantes y gobernados sea radicalmente más marcada, pues los ciudadanos se limitan a elegir a los gobernantes sin capacidad de adoptar directamente las decisiones políticas y, dada la

¹⁴ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad política”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002, pp. 68-71.

¹⁵ La explicación de estos supuestos y su aplicación a casos concretos que han surgido en el derecho español y en el de los Estados Unidos se encuentra en Ruiz Miguel, “La igualdad política”, *cit.*, pp. 82 y ss. *Cfr.* también, sobre el tema de la igualdad política y la distribución geográfica de las demarcaciones del voto, Sánchez Muñoz, Óscar, “Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en Pau Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 491 y ss.

¹⁶ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad política”, *cit.*, p. 71.

general prohibición del mandato imperativo, no tienen más forma de control decisivo sobre aquéllos que la no elección en la convocatoria siguiente.¹⁷

Ahora bien, toda vez que la posibilidad de establecer sistemas puros de democracia directa en los Estados contemporáneos parece un poco remota por una serie de razones que no es posible estudiar en este momento, el objetivo de la igualdad política consistiría en diseñar mecanismos para que la distancia entre representantes y representados fuera menor de lo que es en la actualidad. Esto se podría lograr, quizá, por medio de la introducción en el texto constitucional de mecanismos de democracia semidirecta.

En cualquier caso, lo interesante para los efectos de este capítulo es considerar que la igualdad política no se agota en fórmulas abstractas ni es una construcción ideológica, sino que, cuando es tomada en serio, puede provocar interesantes y positivas consecuencias para el sistema constitucional, logrando no solamente el disfrute más pleno de la igualdad en sentido amplio, sino también una mejor protección y realización de los derechos político-electorales.

C. La perspectiva jurídica

El tercer nivel en el que puede estudiarse la igualdad es el *jurídico*, que es sobre el que se va a centrar la exposición del resto del capítulo. Se trata de contestar a la pregunta de “¿cómo lograr la igualdad?”. Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales, desde el punto de vista de la dogmática constitucional no tenemos la necesidad de justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo.

El concepto de igualdad, desde una perspectiva normativa, es un concepto indeterminado, que requiere de un esfuerzo creativo importante por parte del intérprete al momento de juzgar si una determinada norma o situación pueden lesionarlo. Tiene razón Francisco Rubio Llorente cuando afirma que

la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe

¹⁷ *Ibidem*, p. 72. En México, sin embargo, ni siquiera tenemos ese medio de control que consiste en no votar a los mismos representantes para el periodo siguiente, porque desde la propia Constitución no se permite la reelección de los principales cargos públicos (presidente de la República, diputados, senadores, diputados locales, presidentes municipales, etcétera).

existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.¹⁸

Al ser un concepto relacional, podemos considerar también que el principio de igualdad tiene un carácter abierto, en un doble sentido.¹⁹ Como ya lo dijimos, el principio de igualdad es abierto históricamente, ya que la valoración de los rasgos que se pueden utilizar para dar un trato diferente a una persona han sido variables a lo largo de los últimos siglos; así, hasta hace poco no era extraño que existiera una diferencia entre los hombres y mujeres al momento de establecer la titularidad del derecho de sufragio; de la misma forma, todavía hasta la mitad del siglo XX, en Estados Unidos existía una separación entre personas de raza blanca y personas de raza negra en el sistema escolar o en el sistema de transporte público; hoy en día, sin embargo, a nadie se le ocurriría defender que los criterios del sexo o la raza son válidos para tratar de distinta forma a una persona. En un segundo sentido, el principio de igualdad es un principio abierto debido a que no es posible enumerar o hacer un listado de los rasgos que han de ser considerados irrelevantes y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para dar un trato diferente a dos o más personas.

3. *¿Qué diferencias son relevantes?*

Ahora bien, la pregunta que de inmediato debe hacerse a partir del carácter relacional y abierto del principio de igualdad es: ¿cuáles son las diferencias entre las personas que pueden ser relevantes para producir un trato distinto entre ellas? O dicho en otras palabras: ¿cómo sabemos cuándo está permitido tratar de forma distinta a dos personas? ¿cómo justificamos que una persona tenga un mejor sueldo que otra o que un empresario deba pagar más impuestos que un desempleado? ¿qué es lo que justifica que los menores de edad no puedan ser titulares del derecho de sufragio o que las personas con discapacidad síquica no puedan realizar por sí mismas contratos de compraventa?

Para contestar a esas preguntas tenemos que acudir necesariamente a lo que dispongan los ordenamientos jurídicos concretos, como es obvio; pero, ¿y si nosotrosuviéramos la tarea de legislar yuviéramos que justificar la elección

¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

¹⁹ Sigo la idea de Laporta, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *cit.*, pp. 14 y 15.

de ciertos criterios bajo los cuales no está permitido distinguir entre las personas? ¿Qué haríamos en ese caso? Tendríamos que realizar necesariamente unos “juicios de relevancia”. Es decir, el principio de igualdad nos indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual; pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue también debe ser distinto. No se trata de otra cosa sino de la conocida fórmula expresada por Aristóteles en *La Política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Hay muchos criterios para poder determinar cuándo las diferencias pueden ser relevantes a efecto de generar un tratamiento jurídico diferenciado hacia dos personas. Francisco J. Laporta ha elegido cuatro de esos criterios, que me parece que arrojan mucha luz sobre este complicado asunto.²⁰ Para Laporta, un tratamiento diferenciado entre dos personas podría justificarse tomando en cuenta los siguientes criterios:

A) Principio de satisfacción de las necesidades; de acuerdo con este principio, estaría justificado dar un tratamiento diferente a una persona que tiene una necesidad que satisfacer y no darle ese mismo tratamiento a quien no tenga esa necesidad. El problema en este caso sería determinar el concepto mismo de necesidad.²¹ Para algunos autores, una necesidad se produce cuando en ausencia de lo necesitado resentimos un daño en alguno de nuestros derechos o en la posibilidad de llevar adelante nuestros planes de vida; otros, sin embargo, consideran que hay que distinguir entre “necesidades básicas”, que serían aquellas que son requisitos para realizar *cualquier* plan de vida (por ejemplo la vida, la salud, la alimentación, la vivienda, puesto que son bienes sin los cuales nadie podría realizar prácticamente ningún plan de vida), y las necesidades aparentes o personales, que serían las que requiere una persona para llevar a cabo un *determinado* plan de vida (por ejemplo, tener una casa grande, viajar, fumar, etcétera).

B) Principio de retribución de merecimientos; según este principio, estaría justificado dar un trato diferente a una persona que tenga un merecimiento, respecto a otra que no lo tenga. Aunque hay muchos ejemplos aplicativos que no generan demasiada discusión (por ejemplo que la medalla de oro en una carrera atlética se le debe entregar a quien llegue en primer lugar y no a quien llegue en

²⁰ *Ibidem*, pp. 20 y ss.

²¹ Una aproximación a este tema puede verse en Añón Roig, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

último lugar; que un alumno que acredite todas las materias debe obtener un título profesional y el que no cumpla con ese requisito no, etcétera), hay algunos supuestos en donde la puesta en práctica del principio de retribución de merecimientos no es tan fácil; esto se debe al hecho de que el concepto de mérito es una construcción social, que depende de la valoración positiva o negativa que podamos tener sobre una conducta determinada; ¿qué sucede, sin embargo, cuando esa conducta no puede ser valorada en términos positivos o negativos? Éste es justamente un dilema sobre el que volveremos en este mismo capítulo al examinar el tema de las cuotas electorales de género, dentro del apartado referido a la igualdad sustancial.

C) Principio de reconocimiento de aptitudes; de acuerdo con este principio, sería legítimo dar un trato diferenciado a una persona que tuviera ciertos rasgos o características, predominantemente innatas, respecto a otra que no las tuviera; las aptitudes pueden ser características como la inteligencia, la salud, algunos rasgos físicos, la experiencia, etcétera. Las aptitudes se distinguen de los méritos por el hecho de no incorporar de forma preponderantemente elementos volitivos; es decir, nuestra voluntad no tiene incidencia sobre la estatura que tenemos o sobre la precisión de nuestra vista. Por ejemplo, para citar un caso extremo, tendría justificación tratar de forma diferente a una persona que tuviera buena vista respecto de otra que fuera invidente al momento de seleccionar conductores de autobuses. También podría justificarse que las personas que deben desempeñar labores profesionales de alto riesgo tuvieran ciertas características físicas.

Desde luego, este principio tampoco está exento de riesgos y de entrar en conflicto con el principio de no discriminación, que justamente trata —en algunos de sus aspectos— de lograr que las personas no puedan recibir un trato diferente por motivos que no pueden modificar voluntariamente, como el sexo o el color de la piel. En este sentido, la relevancia de las aptitudes tendrá que ser examinada para cada caso en particular; puede ser razonable que para ocupar cierto puesto de trabajo se pidan personas que midan más de 1.80 metros, pero quizá no lo sea si además se le pide a esas personas que no sean de raza negra o que no profesen una religión islámica.

D) Principio de consideración de estatus; según este principio sería legítimo dar un trato diferente —más positivo— a una persona que tenga un cierto estatus en relación a otra persona que no lo tenga. Por estatus puede entenderse el hecho de que una persona ocupe una cierta posición social desde una perspectiva sociológica; ejemplo de diferentes estatus desde este punto de vista serían el ser niño, pobre, médico, mayor de edad, mujer, etcétera. No necesariamente

debe tratarse de estatus que se refieran a situaciones de vulnerabilidad o a grupos vulnerables. En parte, el proceso de especificación de los derechos tiene que ver justamente con la determinación de los estatus que son relevantes para otorgar derechos diferenciados; si en el primer constitucionalismo los derechos eran reconocidos para todo hombre o para toda persona, el constitucionalismo más reciente ha ido concretando esa asignación para dar cuenta de las posiciones que las personas van adoptando a lo largo de su vida; en consecuencia, los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos hablan no del hombre o de la persona en general, sino del niño, del trabajador, del inmigrante, del indígena, del consumidor, del preso, etcétera.

Es claro que habrá que discutir, nuevamente, cuáles son los estatus relevantes; ¿por qué el artículo 2o. de la Constitución mexicana establece una protección especial para los pueblos y comunidades indígenas y no dice nada sobre los filósofos del derecho de corte analítico?, ¿por qué se protege especialmente a los niños en el artículo 4o. constitucional y no a las personas de entre 30 y 40 años que no tienen pareja? De momento basta con apuntar el hecho de que la pertenencia a un cierto grupo determina el que se tenga un determinado estatus, el cual puede ser tomado en cuenta al momento de juzgar si un tratamiento jurídico diferenciado es o no violatorio del principio de igualdad.

En su trabajo sobre el tema de la igualdad, del que hemos tomado los cuatro criterios anteriores, Laporta señala dos consideraciones generales que hay que tener presentes.²² Por un lado, afirma que muchas de las nociones empleadas en los cuatro criterios dependen del contexto social, cultural y lingüístico en el que se quieren aplicar (reiterando de esa forma lo que ya se había dicho sobre el carácter abierto del principio de igualdad). Por otro lado, nos advierte que algunas de esas nociones deben ser tomadas gradualmente, puesto que su presencia o ausencia puede darse en una escala de medida que puede ser muy variable. Así por ejemplo, puede ser relevante el hecho de alcanzar o no un cierto grado de “necesidad”, de “merecimientos” o de “aptitudes” (seguramente el criterio de la consideración de estatus podría ser, en principio, el que menos problemas de gradualidad ofreciera). Esto es lo que produce que, en la práctica, el principio de igualdad esté sujeto en ocasiones al control por medio de la proporcionalidad; es decir, la igualdad será respetada siempre que el trato desigual dado a dos personas sea proporcional en relación con las normas que consagran el propio principio de igualdad o de otras que les reconozcan o nieguen ciertos

²² Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, pp. 24 y 25.

derechos. El juicio de proporcionalidad tiene un papel esencial para saber si el principio de igualdad ha sido o no violado.

Vamos a analizar en las páginas siguientes las manifestaciones que el principio de igualdad tiene en el mundo de lo jurídico. Esto supone el análisis de los tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad; será el objeto de las siguientes páginas.

El orden de la exposición sigue el orden en el que aparecen las distintas previsiones de la igualdad en el texto constitucional mexicano. De esta forma, se inicia con el análisis del artículo 1o., párrafo primero, que prevé el principio de igualdad en derechos fundamentales. Luego viene el estudio del principio de no discriminación, establecido en el mismo artículo 1o., párrafo tercero. En el apartado 4 de este capítulo se aborda lo relativo a la igualdad entre el hombre y la mujer, prevista en el artículo 4o., párrafo primero. En seguida se estudian las prohibiciones que, en tutela de la igualdad, dispone el artículo 12. Para terminar con el análisis del texto constitucional, se aborda el contenido del artículo 13, el cual contiene varias disposiciones que también están encaminadas a preservar la igualdad, tanto la que tiene que ver con el diseño y contenido que a las leyes le deben dar los órganos que las crean, como la que exige la eliminación de fueros personales como expresión de distintas capacidades jurídicas, lo cual deriva en el análisis de la prohibición constitucional de los emolumentos y del significado del fuero militar.

En la última parte de este capítulo, examinaremos de forma breve el concepto de igualdad sustancial, así como dos de las aplicaciones más polémicas que ha tenido o puede tener el principio de igualdad, justamente en esta vertiente de igualdad material o sustancial: se trata de lo relativo a las cuotas electorales de género y al derecho a la renta básica.

Antes de examinar el contenido de los mandatos de igualdad que establece la Constitución mexicana nos detendremos en una división muy conocida del principio de igualdad, que puede aplicarse a cada una de las categorías que estudiaremos con posterioridad.

4. Igualdad en la aplicación de la ley e igualdad ante la ley

La teoría jurídica contemporánea y la práctica de algunos tribunales constitucionales han estudiado el principio de igualdad a partir de dos subconceptos del mismo: el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el principio de igualdad ante la ley.

El primero consiste en el mandato de trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley, es decir, este mandato se dirige de manera funda-

mental a los poderes Ejecutivo y Judicial. Por su parte, el principio de igualdad ante la ley es un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.²³

Esta distinción ha sido reconocida por muchos tribunales constitucionales en el mundo; el Tribunal Constitucional español la ha explicado de la siguiente forma: para el Tribunal, la igualdad ante la ley se viola “cuando la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad”; por su parte, la igualdad en la aplicación de la ley estaría siendo vulnerada, por sugerir un ejemplo, “cuando un órgano aplicador del derecho —bien de la administración, bien un órgano judicial— interpreta la norma pertinente en un determinado supuesto de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales” (sentencia 73/1989).

Sobre este último supuesto, el Tribunal Constitucional ha entendido que el mandato de igualdad puede servir también como parámetro para evaluar la corrección de una sentencia judicial. Para que pueda acreditarse que un juez o un tribunal no han sido respetuosos del principio de igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional exige que exista identidad del órgano judicial, identidad sustancial de los supuestos que se están juzgando y ausencia de una fundamentación adecuada que justifique un cambio de criterio interpretativo.²⁴

La distinción entre estos dos tipos de igualdad es importante para poner de manifiesto que todas las autoridades están sometidas a las disposiciones constitucionales que protegen justamente el principio de igualdad, el cual se proyecta hacia los distintos órganos públicos en momentos diversos y les impone también obligaciones diferentes. En un primer momento, el principio de igualdad tiene incidencia en el *diseño* de la ley y del resto de normas generales de rango subconstitucional. En una segunda etapa, la igualdad impone tratos razonables y no discriminatorios a las autoridades encargadas de *aplicar* esas

²³ Sobre el tema, entre otros, Díez Picazo, Luis María, “Sobre la igualdad ante la ley”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 469 y ss.

²⁴ Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 116 y ss.

normas generales. Sobre cada uno de estos aspectos se abunda en los apartados siguientes.

II. LA IGUALDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES (ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO PRIMERO)

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional contiene el principio de igualdad de todos los seres humanos con respecto a las garantías —en rigor, a los derechos fundamentales— que la misma Constitución establece. En este sentido, la Constitución otorga de forma *universal* los derechos contenidos en su texto, los cuales no podrán ser restringidos ni suspendidos, salvo los casos expresamente previstos en las disposiciones constitucionales. El texto del párrafo que se comenta es el siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

La suspensión de derechos (o de garantías, como se les llama en el texto constitucional) se encuentra en el artículo 29, mientras que las limitaciones o restricciones a los derechos son recogidas en diversos preceptos de rango constitucional. Dichas limitaciones se explican en razón de que, en realidad, los derechos sin límites no serían derechos, sino licencias para la arbitrariedad. Aunque esto debe entenderse en el sentido estricto de “límites” constitucionalmente impuestos a un derecho, y no como la posibilidad de convertir un mandato constitucional en un no-derecho a través, por ejemplo, de una regulación secundaria restrictiva.

Otra justificación en el mismo sentido se deriva de la necesidad de hacer que los derechos convivan unos con otros, de forma que algunos de ellos encuentren limitaciones para no invalidar a otros (por ejemplo, los derechos de terceros o la comisión de algún delito como límites a la libertad de manifestación de las ideas, recogida en el artículo 6o., o la vida privada como límite a la libertad de imprenta del artículo 7o.).

Aunque el artículo 1o. en su primer párrafo se refiere en exclusiva a la “igualdad en derechos fundamentales”, dicha igualdad se debe entender también referida a los demás derechos que, sin estar directamente reconocidos en los primeros 29 artículos del texto constitucional, integran lo que la misma Constitución denomina la “Ley Suprema de toda la Unión” en su artículo 133. Particularmente, tendrán un alcance universal —respecto de sus destinatarios— y no podrán ser suspendidos, restringidos o limitados los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales ratificados por México.

Son pocos los criterios jurisprudenciales interesantes que hayan aplicado el principio de igualdad en derechos fundamentales. Uno de ellos es el siguiente, en relación con la titularidad de los derechos de aquellas personas que están sujetas a un procedimiento de extradición:

EXTRADICIÓN. No excluye al extraditado de disfrutar de las garantías individuales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al establecer el artículo 1o., párrafo primero, de la ley fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la carta magna. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, novena época, pleno, tesis P. XX/2001, p. 23.

Otros criterios jurisprudenciales del Poder Judicial federal sobre la cuestión que nos ocupa son los siguientes:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. La persona jurídica no tiene que probar que se encuentra en el goce de las garantías individuales, porque éste es el estado natural y general de toda persona en la República Mexicana y el acto que restringe o afecta esas garantías, sí debe ser objeto de prueba, porque hay que hacer patente si la restricción se realizó en las condiciones que la Constitución ha previsto. La autoridad, por el simple hecho de serlo, no tiene facultades de restringir las garantías individuales; por tanto, se necesita que pruebe que existían las circunstancias que la Constitución prevé para que la restricción que imponga no sea considerada como violatoria de garantías. La carga de la prueba, incuestionablemente, toca a la autoridad; porque el que destruye un estado jurídico o el que alega una excepción, es el que debe probar los hechos; si la autoridad no rinde esa prueba y se limita a afirmar que obró con justificación, no puede fallarse en su favor, ni negarse el amparo, sino que, por el contrario, debe concederse. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, quinta época, primera sala, p. 1533.

GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garan-

tías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de su derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 62, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 39.

GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUJETOS DE. Las garantías individuales, en cuanto protegen derechos patrimoniales, no se conceden exclusivamente a las personas físicas, sino, en general, a las personas jurídicas, esto es, a los individuos, a las sociedades civiles y mercantiles, a las instituciones de beneficencia y a las instituciones oficiales, cuando actúan en su carácter de entidades jurídicas, y tan es así, que el artículo 6o. de la ley reglamentaria del amparo, clara y terminantemente lo dispone, indicando que deberán ocurrir ante los tribunales, por medio de sus representantes legítimos o de sus mandatarios debidamente constituidos, o de los funcionarios que designen las leyes respectivas. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, quinta época, tercera sala, p. 1205.

Como se puede apreciar, en las tres tesis citadas el lenguaje empleado no es muy moderno, quizá por la época en la que fueron redactadas. Como quiera que sea, es probable que en el futuro inmediato asistamos a un mayor uso hermenéutico del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional relativo a la prohibición de discriminar, y el primer párrafo del mismo artículo siga siendo poco utilizado en las sentencias de nuestros tribunales. Justamente es la prohibición de discriminar el objeto de análisis del siguiente apartado.

III. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO)

La prohibición de discriminación es una de las distintas manifestaciones que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero en general hacen referencia a: 1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad

y que, en esa virtud, no pueden modificar, o 2) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa. Entre las primeras estarían las prohibiciones de discriminar por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico, sexo, etcétera; en el segundo supuesto se ubicarían las prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso.

Fue por medio de una reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 que se incorporó en el texto de la Constitución mexicana una cláusula de no discriminación; a partir de su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación) el párrafo tercero de dicho artículo dispone lo siguiente:

Queda prohibida toda discriminación motivada por 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.

Del párrafo recién transcrito conviene subrayar varios aspectos; en primer lugar, la notable ambigüedad con que se recogen algunos de los términos (por ejemplo, en el caso de las “capacidades diferentes” o de las “preferencias”); en segundo término, es importante mencionar que el propio artículo expresamente señala que la lista de cualidades que enuncia no es limitativa, de forma que podrá haber otras que también estén prohibidas si atentan contra la dignidad humana y tienen por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Para comprender las posibilidades interpretativas que genera la apertura que propicia la última parte del artículo 1o. constitucional transcrito, en el sentido de que aparte de los criterios mencionados por ese precepto son también discriminatorias otras causas que puedan atentar contra la dignidad humana siempre que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, conviene acudir, entre otras fuentes, a la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana, que sostiene que son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que:

- 1) se funden en rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no puedan prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; 2) aquellas que afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y 3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar

una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales [sentencias C-371 de 2000 y C-93 de 2001].²⁵

1. *Concepto de discriminación*

Las cláusulas de no discriminación existen en varias declaraciones internacionales de derechos humanos y también en un buen número de instrumentos constitucionales de otros países. Así, por ejemplo, el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

De forma parecida, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 contiene también una cláusula de no discriminación, cuyo texto es el siguiente: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (ver también el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

Otro ejemplo interesante se encuentra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, en la que se establece:

Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

²⁵ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 51 y ss.

Algunos instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos, como se menciona enseguida, también contienen cláusulas de no discriminación. Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer o de la Convención de los Derechos de los Niños.

Una de las cuestiones más arduas en el tema de la no discriminación es definir el propio concepto de discriminación. Para hacerlo, puede acudirse a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que ofrecen ciertas pautas definitorias. Por ejemplo, como lo recuerda el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en 1989),²⁶ el artículo 1o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de vida pública.

En sentido parecido, el artículo 1o. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que por “discriminación contra la mujer” se debe entender toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera (véase también el artículo 1.1 del Convenio número 111 de la OIT, de 1958).

En un Anteproyecto de Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación y dado a conocer en México a finales de 2001, se adoptó la siguiente definición de discriminación, tomando en cuenta —aunque no reproduciendo literalmente— el artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución de 1917:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo,

²⁶ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. I, pp. 422-426.

la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas [artículo 4o. del Anteproyecto].

El mismo artículo, en su párrafo tercero, añadió a la definición de discriminación un concepto que a veces pasa desapercibido, pero sobre el que vale la pena llamar la atención; se trata de la discriminación que resulta de aplicar medidas que son formalmente neutras pero que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad. El texto de ese párrafo es el siguiente: “Asimismo, será considerada discrimina(toria) toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.²⁷ Esta precisión tenía por objeto prever el supuesto de la llamada discriminación indirecta. Fernando Rey define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo —aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación— como

aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo.²⁸

Una fórmula conceptual distinta a la del Anteproyecto mencionado es la que utiliza el artículo 1o. de la Ley 23.592 de Argentina (ley antidiscriminatoria); su texto es el siguiente:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

²⁷ El texto completo del Anteproyecto puede consultarse en Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002 y en Carbonell, Miguel, “Propuesta de ley contra la discriminación”, *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, t. I, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2002.

²⁸ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64; el concepto de discriminaciones indirectas es introducido en la jurisprudencia constitucional española —en términos muy parecidos a los de la definición que se acaba de transcribir— por medio de la sentencia 145/1991.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

De acuerdo con Rodríguez Piñero y Fernández López, son tres los elementos que se suelen encontrar en todos los conceptos jurídicos de discriminación: 1) el tratarse de una desigualdad de tratamiento, consistente en una distinción, exclusión o preferencia; 2) el que esa desigualdad de tratamiento se base precisamente en una de las causas o criterios que señalan las propias normas jurídicas como prohibidos; y 3) que tenga por efecto anular ya sea la igualdad de trato, ya sea la igualdad de oportunidades.²⁹

2. La no discriminación frente a los particulares

El principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades sino también, con algunos matices, para los particulares; de esta forma, por mencionar algunos casos, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo, negando la entrada a un establecimiento público a una persona por motivos de raza o de sexo)³⁰ o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquirlársela a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar.

Para decirlo con las palabras de Fernando Rey Martínez —que aunque se refiere a la no discriminación por razón de sexo, puede ser aplicable a las demás formas de no discriminación—,

El derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo: 1) limita la autonomía negocial en cualquier acto jurídico-privado (contratos, testamento, estatutos, etc.); 2) impone un deber de trato igual por parte de individuos y organizaciones que sean titulares de poder social (empresas, asociaciones, confesiones religiosas, etc.); y 3)

²⁹ Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 97.

³⁰ Sobre este punto, Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.

exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (taxis, comercios, cines, escuelas, bares y restaurantes, etc.) o que sean concesionarios de la Administración o dependan de ella en alguna medida.³¹

A esto habría que agregar el deber de los medios de comunicación social de evitar difundir patrones de conducta discriminatorios; en México, éste deber se desprende del hecho de que al menos los medios electrónicos utilizan para su difusión un bien público de la nación (como lo es el espacio radioeléctrico) y en esa medida pueden ser sujetos de la imposición de reglas reforzadas que derivan del principio de no discriminación.

El principio de no discriminación puede operar también como un límite a la libertad de asociación. Así por ejemplo, en Estados Unidos la Suprema Corte ha considerado apegadas al texto constitucional varias disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres a admitir también a mujeres. El mismo órgano ha admitido sin embargo que puede prevalecer la libertad asociativa cuando se trata, en primer lugar, de las llamadas *expressive associations*, que son aquellas que se crean con el objetivo de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía se protege instrumentalmente para tutelar la libertad de expresión (que como se verá en su momento tiene una “posición preferente” frente a otros derechos); y en segundo término, cuando se trata de la llamadas *intimate associations*, que son aquellas en las que los miembros establecen profundos vínculos y compromisos a través de los cuales comparten aspectos íntimos de sus vidas.³²

La aplicación de la prohibición de discriminar a los particulares y no solamente a las autoridades es de la mayor importancia, puesto que es en las relaciones sociales más diversas donde se genera un porcentaje importante de las conductas discriminatorias. La discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, y la configuración del ordenamiento debe atender esa realidad.

De hecho, muchas de las conductas que actualmente son consideradas discriminatorias no lo eran hasta hace muy poco tiempo; ha sido recientemente que el derecho ha tomado medidas para impedir que se sigan reproduciendo, pero su presencia parece haber sido una constante en los últimos siglos (los

³¹ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., pp. 66 y 67.

³² Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en Aragón, Manuel (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998, p. 286.

ejemplos pueden ser de lo más variados, pero van desde la negación de la capacidad jurídica de la mujer, hasta la consideración de las personas de color o de los indígenas como seres inferiores, objetos y no sujetos del derecho).

Para tener una idea clara de la discriminación que se genera en una sociedad hay que ubicar a los grupos sociales que la sufren, es decir, a los grupos en situación de vulnerabilidad. Al redactar el Anteproyecto de Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación, al que ya se ha hecho referencia, la Comisión Ciudadana que tuvo a su cargo la formulación de dicho texto identificó como grupos en situación de vulnerabilidad a las mujeres, a los grupos vulnerables por razón de edad (menores de edad y mayores de 60 años), a las personas con discapacidad, a los sujetos de discriminación por origen étnico o nacional (particularmente los pueblos y comunidades indígenas), los sujetos de discriminación por razón de enfermedad y por razón de preferencia sexual.³³

Desde luego, no se trata de una lista exhaustiva; hay otros grupos que también se enfrentan a riesgos reales de ser discriminados (los migrantes, por ejemplo), pero los mencionados constituyen casos paradigmáticos de sectores sociales a los que históricamente se ha discriminado en México; de ahí la importancia de incorporar disposiciones protectoras particulares para prevenir y eliminar toda discriminación contra ellos.

Desde un punto de vista más específico se puede identificar a las siguientes categorías de sujetos como especialmente vulnerables:³⁴

- a) la mujer pobre, cabeza de su hogar, con niños a su cargo, y responsable del sostenimiento familiar;
- b) menores y adolescentes en situación de riesgo social (niños en riesgo de salir del hogar, menores infractores, menores víctimas de violencia física, sexual y psicológica en el seno familiar, menores con padecimientos adictivos);
- c) menores que viven en la calle o menores que, no obstante tener un hogar, a causa de la desintegración familiar o por problemas de otra índole pasan todo el día en la calle;
- d) los menores trabajadores (pepena, estiba, mendicidad, venta ambulante, limpia de parabrisas y actuación en vía pública);
- e) personas de la tercera edad;
- f) personas con discapacidad;

³³ Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", *cit.*, p. 188.

³⁴ González Galván, Jorge y otros, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001, p. 227.

- g) población rural e indígena afectada por la pobreza;
- h) mujeres pobres, embarazadas o en estado de lactancia;
- i) jóvenes y mujeres afectados por el desempleo;
- j) trabajadores pobres empleados en el sector informal;
- k) personas sin cobertura en la seguridad social;
- l) mujeres que sufren discriminación política y social, y
- m) pueblos indígenas.

Las sociedades contemporáneas han multiplicado en su seno las formas de sujeción, dominación y explotación, cuestiones que al ser examinadas desde el prisma del derecho constitucional permiten identificar otras tantas formas de discriminación y de minusvaloración de las personas.

Iris Marion Young afirma que hay cinco aspectos que permiten identificar la situación de oprimida que pueda tener una persona: explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia.³⁵ Cada una de esas formas, que a veces son visibles y a veces invisibles cuando se generan en el ámbito exclusivo de los particulares, deben ser tenidas en cuenta —en sus diversas manifestaciones— por el derecho constitucional a fin de prevenirlas o reprimirlas; uno de los instrumentos privilegiados para hacerlo, en virtud de los alcances que tiene como consecuencia de su amplitud, es el principio de no discriminación.

Antes de terminar este apartado, conviene mencionar que el Código Penal del Distrito Federal reconoce que las discriminaciones pueden provenir de autoridades o de particulares, y tipifica como delito las conductas discriminatorias en su artículo 206, que se encuentra ubicado en su capítulo décimo, relativo a la dignidad de las personas. El artículo mencionado tiene el siguiente texto:

Se impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud:

- I. Provoque o incite al odio o a la violencia;
- II. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o
- III. Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabili-

³⁵ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000, cap. II.

tación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

Como se puede apreciar, el texto de este artículo persigue una finalidad muy noble y defendible, pero a través de una vía inadecuada. En efecto, la tipificación de las conductas discriminatorias es muy abierta, lo que puede dar lugar a dudas interpretativas y a una gran discrecionalidad de los agentes que aplican la ley. Quizá la persecución penal no sea el mejor modo de combatir la discriminación. Pese a la general inadecuación del texto y de la vía penal para combatir la discriminación, es importante destacar que el Código Penal acierta al redoblar las obligaciones de los funcionarios públicos en materia de no discriminación, lo que me parece que queda bien reflejado en el último párrafo del artículo 206.

3. *El control jurisdiccional de la no discriminación*

Una de las cuestiones más debatidas de los últimos años en torno a la prohibición de discriminar tiene que ver con la forma en que su violación puede ser reparada; concretamente, el tema que preocupa de forma insistente es el de los efectos de una sentencia de la jurisdicción constitucional que anule una norma por ser discriminatoria. En algunos casos, el efecto de esa sentencia puede ser el de extender el supuesto de la norma a sujetos hasta entonces *irrazonablemente* excluidos de ella; en otros, puede llevar a la simple anulación de la norma, retirando un derecho o prerrogativa que había sido reconocido de forma discriminatoria. Bajo ciertas condiciones, incluso, la sentencia puede conllevar importantes costes económicos para el Estado, con las consiguientes consecuencias para el principio de reserva de ley en materia presupuestaria o con la posible invasión de competencias del juez constitucional en perjuicio del Parlamento. Veamos algunos de estos aspectos con más detenimiento.

Si es verdad que, como argumenta una parte relevante de la doctrina constitucional, el argumento de la razonabilidad —creado a partir de la aplicación del principio de igualdad— puede ser un instrumento importante de discrecionalidad en manos de los tribunales constitucionales, conviene entonces detenerse en el papel que desempeñan dichos órganos en la reparación de las situaciones en las que se considera que se ha producido una discriminación normativa.

Se trata de una cuestión importante en la medida en que vuelve sobre un argumento recurrente en cierto sector de la doctrina, que parece encaminarse hacia posturas restrictivas de los poderes de los jueces constitucionales, así como de los alcances de sus actuaciones, y que, en nombre de una mala interpreta-

ción del principio democrático de mayoría, pretende ganar parcelas de inmunidad o intangibilidad de la política frente al derecho.

Aparte de lo anterior, también es cierto que el uso del principio de igualdad y las reparaciones de la discriminación suponen diversos problemas técnicos en la forma de dictar sentencias y de fijar sus consecuencias.

Riccardo Guastini explica el problema en los siguientes términos:³⁶

el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: casi podría llamarse una máquina de producir lagunas.

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que parecen iguales al intérprete (es decir, cuando el legislador distingue sin razón), entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata de modo igual casos que al intérprete le parecen diversos (es decir, cuando el legislador no distingue ahí donde debería), entonces el intérprete dirá que falta una norma diferenciadora.

En ambos casos, de acuerdo con el autor, el intérprete —al declarar la invalidez de la norma en cuestión—, estaría creando una laguna, ya que reconocería la falta de una norma igualadora (en el primer caso) o de una norma diferenciadora (en el segundo).

En realidad tal parece que la laguna se crearía solamente en el segundo supuesto, no en el primero. Supongamos que una ley de la seguridad social determina que para poder gozar de la jubilación anticipada se deben reunir los requisitos A, B y C; pero que en el caso de las mujeres bastará con que se cumpla con B y C. Constatada la ilegitimidad de la medida discriminatoria (suponiendo, solamente para efectos de ilustrar el ejemplo, que la medida realmente sea irrazonable), la consecuencia de la sentencia que dicte la jurisdicción constitucional será extender el supuesto de hecho a la clase de sujetos discriminados. El tribunal constitucional declarará ilegítima la medida *solamente* por lo que hace a la discriminación, anulando la distinción realizada de forma contraria a la Constitución y permitiendo el goce del derecho o prerrogativa en igualdad de circunstancias. Con esa decisión no estará creando una laguna, sino simplemente extendiendo el ámbito personal de aplicación de una norma.

Ahora bien, en este caso existe una dificultad de hecho (política, se podría decir) de la que cabe dar cuenta. Las sentencias de este tipo —aditivas, se les suele llamar—, en las que se extiende alguna regulación legislativa a más suje-

³⁶ “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa, IIJ-UNAM, 2002, pp. 241 y 242.

tos de los que había previsto el legislador, pueden comportar en algunos casos el redireccionamiento de una buena cantidad de recursos públicos. Recursos que con seguridad no fueron previstos en la correspondiente ley de presupuesto aprobada por el mismo Poder Legislativo.³⁷

Para evitar estos problemas se han teorizado algunas posibles soluciones. Por ejemplo a través de las llamadas “sentencias intermedias”. En tales sentencias la jurisdicción constitucional se limita a constatar la discriminación, pero le deja al legislador la elección de la forma en que se tiene que suprimir. Puede suceder también que el tribunal constitucional otorgue un espacio de tiempo al legislador antes de que se aplique su sentencia.³⁸

Luis María Díez Picazo afirma, sobre el tema, que para saber los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por ser discriminatoria hay que distinguir tres variables: *a)* si la norma impone cargas o deberes; *b)* si la norma otorga beneficios o derechos; y *c)* si la norma regula relaciones entre particulares, imponiendo deberes para unos y reconociendo derechos para otros.

En el primer caso, la declaratoria de inconstitucionalidad no podría extender el supuesto normativo hacia otros sujetos no contemplados en su texto, por lo tanto la norma tendría que desaparecer lisa y llanamente. En el segundo caso, si la ley otorgó un beneficio a un determinado grupo de personas, excluyendo del mismo a otras que están en idéntica posición, entonces la declaración de inconstitucionalidad deberá tener como efecto la extensión a estas últimas del beneficio o derecho. En el tercer caso, la declaración de inconstitucionalidad deberá anular la norma, ya que si extiende solamente hacia una parte los derechos dentro de una relación jurídica entre particulares, es probable que esa relación deje de tener sentido por recargar de obligaciones a la otra parte.³⁹

Lo importante en este punto es poner de manifiesto que existen dificultades tanto técnicas como políticas al momento de llevar a cabo la reparación de las discriminaciones normativas y que, por lo menos en aquellos países con jurisdicción constitucional actuante —y que hayan desarrollado algún tipo de línea jurisprudencial sobre el principio de igualdad—, es necesario ir pensando en

³⁷ Sobre el tema, Tania Groppi, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, trad. de Miguel Carbonell, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa Hermanos, 2002, t. I, pp. 239-257.

³⁸ González Beilfuss, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000, p. 177.

³⁹ Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 182 y 183.

mecanismos que produzcan los menores trastornos posibles para el buen funcionamiento de todas las instituciones públicas.

La reflexión sobre las formas de control jurisdiccional de la discriminación sirve, además de lo que ya se ha mencionado, para hacer evidente que en esta materia son muchos los actores llamados a participar: por una parte, como es obvio, el legislador, pero también la administración pública al diseñar las políticas públicas, los particulares en varios campos del acontecer social y los jueces dentro de su ámbito de competencia. Solamente con la participación comprometida de todos ellos es que se podrá erradicar un fenómeno tan difundido y persistente —al menos en el caso de México— como el de la discriminación.

4. *La jurisprudencia mexicana sobre no discriminación*

No son muy abundantes los criterios jurisprudenciales que hayan aplicado el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional; uno interesante es el siguiente:

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en

desigualdad jurídica. Tesis 1a. C/2001, novena época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2001, p. 192.

La jurisprudencia también ha recogido el ya mencionado y clásico criterio de que la igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; se trata de la siguiente tesis:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al consagrar el principio de igualdad no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante, lo que equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos es la vía de realización del principio constitucional de igualdad. De acuerdo con ello, corresponde al legislador la previsión de los supuestos de hecho o de derecho que, agrupados entre sí, por sus características comunes, sean suficientes y necesarias para diferenciarlos de otros, en cuanto tales notas comunes tengan una relevancia jurídica..., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. II, agosto de 1995, p. 72.

La tesis que se acaba de transcribir, que ciertamente se instala en el terreno de lo obvio, abre un campo demasiado grande de posibilidades para el legislador; aun considerando que fue dictada antes de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 por medio de la cual se introdujo en el artículo 1o. constitucional el principio de no discriminación, pudo haber sugerido algún tipo de límite o matiz a observar por el legislador antes de hacer diferencias en las leyes, por ejemplo atendiendo al principio de razonabilidad o algo por el estilo. Muchos tribunales constitucionales entienden que el legislador puede establecer diferencias de trato ante supuestos semejantes sin violar el principio de igualdad solamente si existe para ello una justificación objetiva y razonable; dicha justificación debe observar el criterio de proporcionalidad, de forma que exista congruencia entre los medios empleados por el legislador al hacer las distinciones y los efectos perseguidos por las mismas.

De la mano con la última tesis transcrita, el Poder Judicial consideró también, antes de la reforma al artículo 1o. de agosto de 2001, que la garantía de igualdad de ese artículo en su párrafo primero no tenía valor autónomo, sino que para hacerla valer en un juicio de amparo se debía relacionar con otra de las consagradas por la Constitución; la tesis a la que se hace referencia es la siguiente:

IGUALDAD. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN QUE SE HAGAN VALER RESPECTO A LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO

PUEDEN ENTENDERSE SI NO ES EN RELACIÓN DIRECTA CON LAS LIBERTADES QUE ÉSTA CONSAGRA. Si bien es cierto que las garantías que otorga la Constitución federal sólo pueden restringirse por disposición de la propia ley fundamental o por otra ley a la que la misma remita, también lo es que los conceptos de violación que haga valer el quejoso en el juicio de amparo, respecto al artículo 1o. de la carta magna que prevé la garantía de igualdad, sólo pueden entenderse en relación directa con las libertades que la propia Constitución consagra. Esto es, la violación que se produciría, en su caso, al artículo 1o. sólo puede advertirse de un estudio conjunto de dicho ordinal con la correlativa libertad que se arguye violada. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, septiembre de 2000, tesis P. CXXXIII/2000, p. 27.

Suponemos que con la incorporación del principio de no discriminación al artículo 1o., párrafo tercero, este criterio ya no tiene sentido, puesto que dicho principio puede operar de forma completamente autónoma en muchos supuestos concretos.

En otro criterio jurisprudencial, el Poder Judicial federal ha empleado de forma un tanto original el principio de no discriminación para declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos de un Código Penal local por prever tipos penales que se actualizan no por la conducta que realice una persona sino por las calidades de ese mismo sujeto, con independencia de sus acciones u omisiones; la tesis es la siguiente:

VAGANCIA Y MALVIVENCIA. El artículo 190 del Código Penal del Estado de Aguascalientes, al establecer como elemento del cuerpo del delito que el inculcado no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada, transgrede la garantía de igualdad jurídica contenida en el artículo 1o. de la Constitución federal. La garantía de igualdad jurídica, prevista en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe entenderse bajo el concepto de que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social. Así, lo que este principio persigue es que existan normas que al aplicarse no generen un trato discriminatorio en situaciones análogas, o propicien efectos similares respecto de personas que se encuentren en situaciones dispares. De estas manera, los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio ni favoritismo alguno... Luego, aun cuando el artículo 190 del Código Penal del Estado de Aguascalientes está redactado en términos generales, es violatorio de la citada garantía y de los tratados internacionales aludidos, puesto que al establecer como uno de los elementos del cuerpo del delito de vagancia y malvivencia el hecho de que el inculcado no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada, necesariamente implica que está

haciendo distingo discriminatorio con base en la condición económico-social en que se encuentra el indiciado, ya que en supuestos análogos el resultado de su aplicación genera un trato desigual, en razón de que aquella persona que cuente con recursos económicos abundantes o suficientes, no obstante que no se dedique a un trabajo honesto y aunque cuente con malos antecedentes en archivos judiciales o en oficinas policíacas, podría justificar su inactividad laboral, por la sola circunstancia de no tener necesidad de trabajar al contar con medios económicos para su subsistencia; mientras que aquel gobernado cuya condición social es económicamente baja, por el hecho de no contar con un trabajo honesto y comprobarse que tiene antecedentes de los que describe la norma punitiva en estudio, invariablemente su inactividad, ante las limitadas posibilidades de justificación, será considerada como constitutiva del tipo penal señalado. Así, no obstante que ambas personas, solvente e insolvente, se encuentran en igualdad jurídica de causación de la hipótesis delictiva, el primero de ellos se vería excluido de ellas en aras de una justificación que sólo atiende a su condición socio-económica. De ahí la desigualdad de la norma en comentario. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1271.

En otro criterio, el Poder Judicial federal ha señalado que el principio de acuerdo con el cual las personas que se encuentran en una misma situación deben recibir un igual trato, se aplica siempre y cuando se actúe dentro de la legalidad; es decir, no existe un “derecho a la igualdad dentro de la ilegalidad”, lo que supone que una persona no pueda alegar el principio de no discriminación para ser tratado como lo fue otra persona en la misma situación que se benefició de una conducta ilegal. El texto de la jurisprudencia referida, en la parte conducente, establece que

la garantía de igualdad establecida en el artículo 13 constitucional estriba en que se aplique la ley a todos los casos que se encuentran comprendidos dentro de la hipótesis normativa, sin distinción de personas, lo cual no tiene el alcance de que se otorgue a todos los que lo soliciten, el mismo beneficio que indebidamente se le haya dado a alguien, si no procede de conformidad con la ley, aun cuando su situación sea la misma. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VI, segunda parte I, p. 357.⁴⁰

El principio de igualdad no supone, en la perspectiva de la Suprema Corte, la obligación de equilibrio absoluto entre las partes dentro de un juicio; por lo tanto, el legislador tiene la posibilidad —matizada— de incorporar en los procedimientos judiciales mayores cargas para una de las partes en razón de la de-

⁴⁰ En el mismo sentido, la Sentencia 21/1992 del Tribunal Constitucional español.

bilidad que pudieran tener sus oponentes. Como el lector podrá imaginar, la tesis se dicta como respuesta a la objeción de posible inconstitucionalidad de la Ley Federal del Trabajo, que contiene mayores cargas para el patrón y menores para la parte trabajadora dentro de los juicios laborales. En la parte que ahora interesa dicha tesis sostiene lo siguiente:

tratándose del juicio laboral, no puede operar el principio de igualdad procesal, como en otras materias, porque las partes que intervienen no se hallan en el mismo plano, de modo que lograr el equilibrio procesal a través de imponer menos cargas procesales a la parte trabajadora, no implica violación de garantías individuales, porque ese trato desigual dimana del reconocimiento que hace el artículo 123 de la Constitución, que consagra derechos mínimos de los trabajadores, que no pueden afectarse con un trato igual en el proceso donde intervienen partes desiguales, ya que debe exigirse el cumplimiento de esos derechos mínimos. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IV, noviembre de 1996, p. 139.

En otro criterio similar, se considera que:

TRABAJO, LEY FEDERAL DEL. EL ARTÍCULO 784, FRACCIÓN XII DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY. Al disponer el artículo 784, fracción XII de la Ley Federal del Trabajo, que la Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes tienen obligación legal de conservar, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador, correspondiéndole al patrón, en todo caso, probar su dicho, cuando existe controversia sobre el monto y pago de salarios, no resulta violatorio de la garantía de igualdad ante la ley, dado que en primer lugar, no puede considerarse como un privilegio especial el que la ley exima de la carga de la prueba, a la parte que por sus condiciones especiales carece de los documentos o pruebas idóneas para probar su dicho, sino que precisamente, y con el fin de restablecer el equilibrio entre las exigencias de justicia, traslade al patrón la carga de desvirtuar lo alegado por el trabajador a través de los documentos que por exigencia de ley tiene la obligación de conservar, sancionando el incumplimiento de tal obligación con la presunción de ser ciertos los hechos alegados por el trabajador, presunción que también se puede desvirtuar con otros medios probatorios, en términos del artículo 805 de la ley de la materia. Por otra parte, del propio artículo en cuestión, se advierte que, se colocan en el mismo supuesto normativo, todos aquellos sujetos que sean iguales en su calidad de patrón, ocurriendo lo mismo con los sujetos que actúan en su calidad de trabajadores; por tanto, si el precepto impugnado otorga un trato desigual a los desiguales en una relación laboral, es decir, entre trabajadores y patronos, e igual a los iguales, patronos o trabajadores, entonces, tal precep-

to no resulta violatorio del artículo 13 constitucional. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, tesis P. I/95, p. 89.

5. *La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*

Al analizar el tema de la no discriminación en México es obligado hacer referencia a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2003. La Ley, tal como ya se ha apuntado en varios de los apartados precedentes, tuvo como origen un proyecto redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación que estuvo trabajando durante buena parte de 2001 y que llegó a hacer público un anteproyecto articulado. En esa Comisión trabajaron más de 160 personas, muchas de ellas pertenecientes a grupos sociales que han sido tradicionalmente discriminados en México (personas con discapacidad, indígenas, personas con creencias religiosas o con tendencias sexuales distintas a las mayoritarias, mujeres, etcétera).

Aunque el texto de la Ley, como veremos enseguida, se apartó en aspectos importantes del proyecto de la Comisión Ciudadana, es claro que los legisladores tuvieron en ese proyecto su principal insumo de trabajo y que muchas de las propuestas novedosas que en él se establecieron finalmente pudieron adquirir fuerza de ley.

Por todo lo dicho y por la estrecha relación que la no discriminación guarda con el sistema constitucional de derechos a la igualdad, considero que es conveniente hacer una referencia más o menos detallada al contenido de la Ley, a la que en lo sucesivo abreviaremos como LD. No haremos, en los párrafos y en las páginas siguientes, un repaso a todo el contenido de la LD, sino que iremos examinando solamente los aspectos que puedan ser de mayor interés para el tema de la igualdad como derecho fundamental.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis diferentes capítulos.

La primera cuestión que hay que abordar es la que tiene que ver con el concepto de discriminación, cuyo marco teórico ya ha sido examinado en los apartados precedentes; el artículo 4o. de la LD es el que proporciona el concepto de discriminación que le pareció adecuado al legislador; su texto es el siguiente:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impe-

dir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Como se puede ver, el artículo 4o. de la LD no se limita a transcribir el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, sino que agrega algunos conceptos interesantes, como la cuestión de la xenofobia y el antisemitismo.⁴¹

En el proyecto ciudadano de Ley contra la discriminación se incluía en el concepto de discriminación la ya mencionada “discriminación indirecta”; el artículo 4o. del proyecto tenía un párrafo tercero de acuerdo con el cual “será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.

Por su parte, el artículo 5o. de la LD precisa una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 constitucional; su texto es el siguiente:

No se considerarán conductas discriminatorias las siguientes:

I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades;

II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;

III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general;

⁴¹ En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la Declaración y Programa de Acción de Viena dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que “El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional” (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la “Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de intolerancia”, celebrada en Durbán, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durbán pueden consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1311-1424.

IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad;

V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;

VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;

VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y

VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

El artículo 5o. de la LD viene a concretar la idea, muy extendida entre la teoría constitucional como ya lo vimos, de que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de *distinciones no razonables*. En este contexto, al legislador mexicano le pareció adecuado recoger de forma explícita algunas distinciones que, desde su punto de vista, no serían irrazonables. Es importante señalar que el texto del artículo 5o., conforme quedó finalmente redactado, no se encontraba en el proyecto ciudadano presentado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación. El texto de ese artículo que fue propuesto por la Comisión Ciudadana era el siguiente:

No se considerarán discriminatorias todas aquellas acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades. Dichas acciones tendrán un carácter temporal y no podrán mantenerse después de alcanzados los objetivos para los cuales fueron diseñadas. Tampoco se considerarán actos discriminatorios las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar un empleo determinado.

Un segundo tema interesante del texto de la LD es el que tiene que ver con las cuestiones interpretativas. Los artículos 6o. y 7o. de la LD contienen algunas pautas interpretativas que deben tomarse en cuenta en la aplicación de la propia Ley y que, en alguna medida, suponen una aportación novedosa para el ordenamiento jurídico mexicano.

El artículo 6o. dispone que

La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en mate-

ria de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Como se puede apreciar, el artículo 6o. incorpora como un canon hermenéutico de la LD a los instrumentos de derecho internacional relacionados con el tema de la igualdad y con la no discriminación. Esto significa que el intérprete, al darle sentido a alguna disposición de la LD, lo deberá hacer tomando en cuenta esos instrumentos. En el proyecto ciudadano el artículo 6o. tenía una redacción más amplia y, a la vez, más concreta; el texto que había propuesto la Comisión Ciudadana era el siguiente:

El contenido de esta Ley se interpretará tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas en los organismos multilaterales y regionales, particularmente las que se refieren a la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La actuación de las autoridades deberá apegarse a lo establecido por dichos instrumentos y a la interpretación de los mismos que hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Una cuestión muy novedosa y positiva del artículo 6o. de la LD, que como se acaba de mencionar ya había sido incorporada en la propuesta de la Comisión Ciudadana, es que los intérpretes no solamente deben tomar en cuenta el texto de los tratados internacionales, sino también las “recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales”, que se hayan expedido con fundamento en esos tratados. La consecuencia práctica de esta disposición es muy relevante; la LD incorpora al derecho mexicano un conjunto de recomendaciones y resoluciones muy amplio e importante, dictadas por los diversos Comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.⁴² Así, en la materia que nos ocupa, se deberán tomar en cuenta las Observaciones Generales número 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (dedicadas, en ambos casos, a la interpretación del artículo 3o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contiene una cláusula de igualdad) y las recomendaciones

⁴² Una introducción al régimen jurídico de esas recomendaciones y a su significado para el ordenamiento jurídico mexicano puede encontrarse en Carmona Tinoco, Jorge, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, año 1, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss.

generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros textos normativos.⁴³

Por su parte, el artículo 7o. de la LD señala que “Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”. Este precepto también incorpora una novedad importante en materia de derechos humanos. Por una parte, asume una postura moderna en materia de interpretación jurídica al entender que un mismo texto puede tener distintos significados posibles, varios de los cuales pueden ser perfectamente congruentes con lo dispuesto en la Constitución.⁴⁴ Por otro lado, le señala al intérprete la obligación de elegir de entre esos significados el que mejor proteja a los grupos en situación de vulnerabilidad. Aunque la ley no lo señala, se debe entender que al realizar esa elección el intérprete tendrá que justificarla y explicarla, lo cual exige una argumentación jurídica muy sólida y rigurosa.

El reconocimiento de que la ley puede tener diversos sentidos interpretativos —uno o más de los cuales pueden ser válidos— y que, en consecuencia, no siempre hay una única respuesta correcta para todos los problemas, supone la aplicación de las más modernas teorías, no solamente en materia de derecho constitucional, sino también en materia de interpretación jurídica.⁴⁵

Se puede decir, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 6o. y 7o. de la LD, que se trata de una ley muy sensible al derecho internacional. No solamente porque explícitamente lo cita y lo recoge con notable amplitud, sino también porque de forma implícita toma varios textos de tratados internacionales y los convierte en legislación interna. Por ejemplo, el artículo 3o. de la LD dispone que

Cada una de las autoridades y de los órganos públicos federales adoptará las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, de conformidad con la disponibilidad de recursos que se haya determinado para tal fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio correspondiente, para que toda persona goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consa-

⁴³ Una compilación muy amplia de las observaciones y recomendaciones generales expedidas por diversos comités de la ONU en materia de derechos humanos puede verse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit.

⁴⁴ Al respecto, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003.

⁴⁵ Un panorama doctrinal de estas tendencias puede verse en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

grados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en las leyes y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal, se incluirán las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades a que se refiere el capítulo III de esta Ley.

Es evidente que el precepto transcrito está claramente inspirado en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo texto es el siguiente:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Quizá el texto de la LD podría considerarse una mala copia del artículo 2.1 del Pacto. El proyecto de la Comisión Ciudadana se había apegado de forma más estrecha a lo dispuesto por el Pacto; el texto de su artículo 3o. señaló:

Cada una de las autoridades y de los órganos públicos adoptará todas las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, hasta el máximo de recursos de que dispongan, para que toda persona que se encuentre en el territorio nacional goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, la LD también recoge influencias del derecho constitucional comparado. Por ejemplo, en su artículo 2o. cuando establece que

Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Se trata de un precepto claramente inspirado en los artículos 9.2 de la Constitución española de 1978 y 3.2 de la Constitución italiana de 1947. El punto de

partida del legislador mexicano se encuentra en el concepto de “igualdad sustancial”, que busca —como se examina con detalle más adelante en este mismo capítulo— asegurar no solamente el igual trato frente a la ley, sino el goce de condiciones de igualdad reales, que permitan hacer efectivas las libertades y los demás derechos fundamentales. La consecución de este tipo de igualdad depende, en buena medida, de que el Estado se decida a implementar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados.

El capítulo II de la Ley se denomina “Medidas para prevenir la discriminación” y contiene un solo artículo (el 9o. de la LD). En ese precepto se realiza una enumeración prolija de las conductas que se consideran discriminatorias en un total de XXIX fracciones. Su texto es el siguiente:

Artículo 9o. Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;

II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;

III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;

IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;

VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;

VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;

VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;

X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;

XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de intérpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;

XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;

XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público;

XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;

XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;

XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;

XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;

XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;

XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y

XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4o. de esta Ley.

El proyecto ciudadano consideró, quizá observando una mejor técnica legislativa, que era conveniente que se hicieran distinciones en relación con varios de los grupos en situación de vulnerabilidad y que, respecto a cada uno de ellos, la ley describiera las conductas discriminatorias más comunes que les afectaban (artículos 10 a 16 del proyecto); además, el proyecto ciudadano comenzaba el capítulo de medidas contra la discriminación señalando claramente que las conductas discriminatorias podían ser realizadas tanto por autoridades como por particulares y que podían afectar a cualquier persona que estuviera en el territorio nacional, con independencia de su estatuto jurídico; el texto del artículo 9o. del proyecto ciudadano fue el siguiente: “La presente Ley protege a toda persona o grupo de personas, nacionales o extranjeras, que puedan sufrir cualquier acto de discriminación proveniente tanto de las autoridades, los órganos públicos, así como de los particulares”.

Entre las medidas que establece el artículo 9o. de la LD hay algunas que ya han comenzado a provocar reacciones poco comprensivas. Por ejemplo, la fracción XV que dispone que es una conducta discriminatoria “Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4o. de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación”; también ha generado algunos escozores la fracción XVIII del mismo artículo, que considera como discriminación “Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual”. Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual. No todo puede ser objeto de burla en los medios de comunicación.

En mi opinión, las expresiones discriminatorias (como las que describen las dos fracciones que se han transcrito) no están amparadas en la libertad de expresión, no entran en el radio de regulación protectora del artículo 6o. constitucional, sino que inciden directamente —violándolo— en el contenido del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional. Además, suponiendo sin conceder que esas expresiones en efecto se pudieran analizar a la luz del texto del artículo

lo 6o. constitucional, este artículo establece como uno de los límites de la libertad de expresión “los derechos de terceros” y es obvio que es un derecho de todos el no ser discriminados. Probablemente podríamos llegar a otra conclusión si el texto del artículo 6o. constitucional previera la libertad de expresión como un derecho sin límites, como sucede con el texto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos,⁴⁶ pero mientras el texto mexicano tenga el contenido que actualmente tiene me parece que la LD cuenta con pleno sustento constitucional.⁴⁷

Algunas fracciones del artículo 9o. de la LD contienen términos abstractos (incluso ambiguos) que tendrán que ir siendo progresivamente concretados y dotados de sentido normativo por los intérpretes de la Ley. Por ejemplo, la fracción XIII se refiere a la “dignidad e integridad humana”, pero no las define; la fracción XIX habla de “condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo, especialmente de las niñas y los niños” (se tendrá que precisar cuáles son esas condiciones); en la fracción XXIII se incorpora el concepto, muy difundido en el derecho internacional de los derechos humanos, de “trato abusivo o degradante”. Desde luego, precisar el sentido y el alcance de sus contenidos posibles no implica que esos preceptos sean superfluos o innecesarios; al contrario, justamente por su deliberada amplitud pueden generar una actividad hermenéutica muy generosa en cuanto a la tutela contra la discriminación, siempre y cuando los intérpretes asuman posiciones progresistas y desligadas de prejuicios.

Algunas de las fracciones del artículo 9o. se aplican claramente a las relaciones entre particulares, con lo cual la LD reconoce una de las tendencias más importantes del constitucionalismo de los últimos años. Ya se han mencionado varias de esas fracciones.

A las citadas habría que añadir una que puede tener mayor interés como lo es la fracción XXII, según la cual no se puede discriminar en el sentido de impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público. Se trata de una norma que no es infrecuente en las regulaciones anti-

⁴⁶ Al respecto puede verse el clásico ensayo de Meiklejohn, Alexander, “The First Amendment is an Absolut”, *Suprema Court Review 1961*, Chicago, The University of Chicago Press, 1961, pp. 245-266.

⁴⁷ Un análisis de la libertad de expresión se realiza en el capítulo tercero de este libro *infra*.

discriminatorias; ejemplos parecidos pueden encontrarse en el derecho argentino o en el derecho español.⁴⁸

La Comisión Ciudadana consideró, con todo acierto desde mi punto de vista, que en países en los que, como sucede en México, existen paisajes sociales profundamente desigualitarios y expresiones discriminatorias tan arraigadas, es necesario tomar medidas enérgicas (por llamarlas de alguna forma) para combatir la discriminación. Entre esas medidas se encuentran las que se suelen llamar acciones positivas o medidas de discriminación inversa, cuestiones que son estudiadas en el apartado dedicado a la igualdad sustancial dentro de este capítulo. Con independencia de que en ese apartado se estudie el debate en torno a la discriminación inversa y sus aplicaciones concretas, en este momento es conveniente repasar someramente el tratamiento que de las mismas hace la LD.

Al diseñar el proyecto ciudadano de ley, la Comisión Ciudadana consideró oportuno que su propuesta contuviera algunas acciones positivas. El capítulo III del proyecto ciudadano llevaba por título, justamente, “Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades” (artículos 17 a 23).

Siguiendo la metodología que ya se había elegido para el capítulo II, el proyecto identificaba medidas positivas específicas para los grupos en situación de vulnerabilidad; de esta manera, el proyecto establecía medidas positivas a cargo de los poderes públicos en favor de las mujeres (artículo 17), de las niñas y los niños (artículo 18), de las personas mayores de 60 años (artículo 19), de las personas con discapacidad (artículo 20) y de la población indígena (artículo 21); también contemplaba medidas positivas a cargo de las personas físicas y morales no oficiales, en favor de las mujeres (artículo 22) y en favor de las personas con discapacidad (artículo 23).

Algunas de las medidas contenidas en los artículos mencionados eran ciertamente radicales, como reflejo del carácter progresista que distinguía a varios de los miembros de la Comisión Ciudadana; así por ejemplo, el proyecto establecía una cuota del 50% de los cargos públicos administrativos y de representación popular en favor de las mujeres (artículo 17 fracción II); también disponía que toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social quedara inscrita a nombre de la mujer o, en su defecto, a nombre de ambos cónyuges o convivientes (artículo 17 fracción III). El proyecto establecía

⁴⁸ La exposición detallada de la normatividad sobre este tema puede verse en Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, *cit.*

porcentajes fijos (del 5%) del total de recursos destinados a la educación preescolar y básica para la atención de las personas con discapacidad (artículo 20 fracción III).

La LD siguió parcialmente el esquema del proyecto ciudadano, en la parte en que se identifica a los grupos en situación de vulnerabilidad en favor de los cuales se establecen las cuotas, y quedaron en su texto los mismos que había propuesto la Comisión Ciudadana (artículos 10 a 14 de la LD). Pero las medidas finalmente establecidas están redactadas de tal manera que dejan grandes espacios de discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental para decidir el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados. Tomemos como ejemplo las medidas establecidas en favor de las personas mayores de 60 años; el artículo 12 de la LD dispone lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;

II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:

- a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie y
- b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y

III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Como se puede ver, en cada una de las tres fracciones el legislador fue muy cauteloso y prefirió permitir que lo que podríamos llamar “normas intermedias” precisaran el alcance de los derechos que en ese precepto se establecieron. Ninguna de esas expresiones figuraban en el artículo 19 del proyecto de la Comisión Ciudadana, cuyo texto señalaba con mayor claridad y precisión lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

I. Garantizar el acceso gratuito a los servicios de salud pública y seguridad social;

II. Otorgar descuentos en el pago por suministro de energía eléctrica;

III. Garantizar un nivel mínimo y decoroso de ingresos;

IV. Garantizar un sistema de pensiones, las cuales no podrán ser inferiores al salario mínimo vigente, y

V. Crear programas de apoyo financiero para la construcción de estancias y albergues.

Con independencia de lo afortunado de la redacción legislativa que finalmente quedó en la LD, lo cierto es que a partir de su entrada en vigor existe una obligación expresa para diversas entidades de la administración pública, a fin de hacer efectivos los mandatos de la propia Ley. En el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que debe ser dictado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación conforme a lo establecido por el artículo 20 fracción II de la LD, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el capítulo III de la propia LD.

En los capítulos IV a VI de la LD se precisa lo relativo al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, su integración, los órganos que lo componen, sus respectivas competencias, etcétera (capítulo IV), así como los procedimientos que deberá seguir en el ejercicio de sus atribuciones (capítulo V) y la manera en que habrán de repararse los actos discriminatorios (capítulo VI).

La naturaleza jurídica del Consejo está definida en el artículo 16 de la propia LD en los siguientes términos:

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en adelante el Consejo, es un organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Para el desarrollo de sus atribuciones, el Consejo gozará de autonomía técnica y de gestión; de igual manera, para dictar las resoluciones que en términos de la presente Ley se formulen en los procedimientos de reclamación o queja, el Consejo no estará subordinado a autoridad alguna y adoptará sus decisiones con plena independencia.

Por no ser el objeto principal de este libro no abundaremos en estos aspectos; con lo que se ha dicho hasta aquí el lector puede contar con una base suficiente que le permita estudiar por sí mismo el resto del contenido de la LD. Antes de concluir este apartado creo que es oportuno realizar una última reflexión, de carácter general, sobre la LD.

La ley que se está analizando contiene muchas cuestiones novedosas para el ordenamiento jurídico mexicano. Muchas de ellas chocan con las concepciones tradicionales y seguramente generarán el rechazo de los juristas más conservadores, que siempre se han significado por ser los guardianes del *status quo*. Desde la entrada en vigor de la ley no han faltado opiniones que la inten-

ten desacreditar sin haberla leído y sin comprender el profundo significado transformador que puede permitir en el futuro inmediato.

Para algunos comentaristas, la ley es perfectamente innecesaria ya que, según ellos: 1) en México la discriminación no es un problema tan grave como en otros países (no ha faltado quien cite el caso de Sudáfrica durante el régimen del *apartheid* para “demostrar” lo bien que estamos en México); y 2) la discriminación ya estaba prevista en otros ordenamientos (en la legislación educativa, laboral, sanitaria, incluso en la penal, al menos en el ámbito del Distrito Federal) razón por la que la LD aportar más bien poco al sistema jurídico nacional.

Ninguno de los anteriores criterios es cierto. Por un lado, es evidente que uno de los problemas más graves de México es el de la desigualdad, cuestión que cuando se aterriza a los conceptos jurídicos se intenta combatir a través del mandato de no discriminación (esto es en concreto lo que justifica que en agosto de 2001 se haya incluido en el artículo 1o. constitucional el actual párrafo tercero). Por otro lado, es obvio que el ordenamiento jurídico nacional y la práctica administrativa requerían de una ley específica y de un órgano encargado de articular la lucha del Estado mexicano contra la discriminación —al menos en el ámbito de actuación de las autoridades federales—.

Con la expedición y entrada en vigor de la LD se inicia un recorrido de largo aliento. No se trata de un puerto de llegada, sino simplemente de un punto de partida. Es importante mencionar que uno de los efectos deseables de la LD tendrá que ser la expedición de leyes contra la discriminación en el ámbito de las entidades federativas, tal como ha sucedido con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, expedida en 2002 por el Congreso de la Unión con fundamento en la última parte del artículo 6o. constitucional. Las leyes locales pueden tener muchos efectos benéficos en el tema que nos ocupa; por ejemplo, pueden y deben ampliar y mejorar el contenido de la LD; pueden precisar los supuestos de trato discriminatorio que sean más recurrentes en alguna entidad federativa; pueden crear autoridades encargadas de tratar el tema para acercarse más a los ciudadanos (ese y no otro es el sentido del federalismo: acercar las autoridades a los ciudadanos). Como se puede ver, la tarea es todavía de enormes proporciones.

El instrumental jurídico necesario para combatir la discriminación apenas se está creando; harán falta más leyes, harán falta programas de políticas públicas (comenzando, de manera destacada, por el ya mencionado Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que supone el marco rector en materia de políticas públicas contra la discriminación en el ámbito del Poder Ejecutivo federal), harán falta interpretaciones de los tribunales que precisen y de-

limiten el significado de la LD, será necesario difundir y dar a conocer los mandatos de la propia ley, a fin de que la sociedad comience a observarla y haga uso de ella cuando lo crea oportuno. Una buena parte de todas esas tareas tendrá que ser impulsada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el cual deberá coordinarse con otras instancias gubernamentales (secretarías de Estado, administración pública descentralizada, la CNDH, que tendrá sin duda un papel protagónico, etcétera) a fin de abarcar las muchas facetas que supone la tarea de eliminar la discriminación en México.

IV. LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO PRIMERO)

1. *La igualdad entre el hombre y la mujer*

Desde las primeras décadas del siglo XX se asomó en el debate público de varios países la reivindicación feminista de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.⁴⁹

Se trataba de una lucha que venía de antiguo, comenzada con los movimientos sufragistas que tenían por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto para las mujeres (derecho que, por ejemplo, no fue logrado en países como Suiza sino hasta 1971). Los antecedentes doctrinales de estos movimientos se pueden remontar al menos a las ideas de Condorcet, quien en un trabajo de 1787 manifestaba que la más obvia y evidente violación del principio de igualdad se daba al otorgar a la mitad del género humano un trato discriminatorio.

El mismo autor defendió la tesis que de no había razón alguna para negar a las mujeres los derechos de ciudadanía; no se podían sostener, en su opinión, ni razones físicas (como el embarazo o las “pasajeras indisposiciones” que solamente afectan a las mujeres), ni mucho menos razones intelectuales, puesto que si bien es cierto que (en la época en la que escribe) las mujeres eran más ignorantes que los hombres, el único criterio de la ignorancia impediría también que muchos varones tuvieran derecho a votar y ser votados.⁵⁰

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas le-

⁴⁹ Un buen panorama general del pensamiento feminista puede verse en Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea*, cit., pp. 259 y ss.

⁵⁰ Las ideas de Condorcet están muy bien resumidas en Lucas, Javier de, “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, *La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, pp. 301 y ss.

gislaciones en comparación con el hombre, hizo que en algunas cartas constitucionales modernas se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexo. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introduce un mandato sencillo pero contundente en el artículo 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.

La igualdad entre hombres y mujeres se sustenta, además, en varios textos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981) o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre de 1996).

En el artículo 123 constitucional, apartado A fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo.

Una disposición semejante se encuentra en el mismo artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI inciso C.

Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el artículo 2o. constitucional, cuyo apartado A dispone que

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En México, para contribuir con el combate a la desigualdad de género, se creó el Instituto Nacional de las Mujeres (*Diario Oficial de la Federación* del 12 de enero de 2001). Dicho Instituto es un organismo público descentralizado

de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión, de acuerdo con el artículo 2o. de la Ley del propio Instituto.

El Instituto tiene como objetivo general promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; así como el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país (artículo 4o. de la Ley).

La Ley del Instituto contiene un par de definiciones que, a pesar de no ser un modelo de redacción y de que contienen algunas cuestiones discutibles, pueden ser de interés para la igualdad entre hombres y mujeres. En su artículo 5o. establece que la “equidad de género” es un

concepto que se refiere al principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad, incluyendo aquéllos socialmente valorados, oportunidades y recompensas, con la finalidad de lograr la participación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

El mismo precepto define la “perspectiva de género” como un “concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género”.

A. La igualdad entre el hombre y la mujer en la jurisprudencia

Los criterios jurisprudenciales de los tribunales mexicanos en que se haya aplicado o conceptualizado el principio de igualdad entre el hombre y la mujer no son muy abundantes. Uno que vale la pena recordar es el criterio de la Suprema Corte que declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, porque exigía mayores requisitos a los esposos o concubinos de las mujeres aseguradas para tener acceso a los servicios del Instituto, que aquellos que se pedían para las esposas o concubinas de los asegurados. El criterio de la Corte, que no constituye por cierto un modelo de excelente redacción, es el siguiente:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como garantía individual, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que frecuentemente eran objeto uno u otra por razón de su sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de la propia Constitución, establece, en forma genérica, que los familiares de los trabajadores tienen derecho a la asistencia médica en los casos y en la proporción que establezca la ley. Ahora bien, no obstante que la Constitución prevé como derecho fundamental la igualdad ante la ley, y el derecho a que los familiares de los trabajadores de ambos sexos disfruten de atención médica, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, según se trate de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, en el artículo 24, fracción V, de la Ley que lo regula, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tenga derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado instituto, es necesario que sea mayor de cincuenta y cinco años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, sólo requiere demostrar tal hecho, sin que se le exija alguna otra condición, lo que evidencia una transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. de nuestra carta magna. Tesis P. LIX/99 del pleno de la Suprema Corte.

Muy parecidas a la anterior, son las siguientes dos tesis:

TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. El artículo 5o., fracción V, párrafo sexto, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola la garantía de igualdad. El artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cual significa que ésta debe aplicarse por igual a todos los destinatarios sin consideración de sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso D), de la misma Constitución, dispone que los familiares de los trabajadores tendrán derecho a la asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley. De los anteriores preceptos se desprende que los familiares del trabajador, como de la trabajadora, tendrán el mismo derecho a la asistencia médica y medicinas en los supuestos y en la forma que determinen las leyes, sin distinción de sexos. Ahora bien, el artículo 5o., párrafo sexto, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola los preceptos constitucionales referidos al establecer un trato

desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. En efecto dicho precepto dispone que el esposo o concubinario de la mujer trabajadora sólo será derechohabiente si es mayor de cincuenta y cinco años o bien si se encuentra incapacitado física o psíquicamente y depende económicamente de la trabajadora, mientras que, para que la esposa o concubina del trabajador sea derechohabiente, es suficiente con que tenga el carácter de cónyuge o concubina. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna, no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo tercero del artículo 4o. de la propia Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, octava época, pleno, tesis LIII/89, p. 201.

INDEMNIZACIÓN POR MUERTE. EL ARTÍCULO 501, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cual significa que ésta debe aplicarse por igual a todos los gobernados sin consideración de sexo. Ahora bien, el artículo 501, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo viola el precepto constitucional en comento, al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. Esto es así, toda vez que dicho precepto dispone, en lo que interesa, que tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte, la viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de un cincuenta por ciento o más, lo que implica una distinción entre la viuda y el viudo del trabajador o trabajadora extinto, por razones de sexo, pues a la primera no le impone como requisito la dependencia económica e incapacidad que sí exige para el segundo. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto legal que se impugna, no tiene fundamento constitucional, sino que contraviene lo dispuesto por el artículo 4o. de la propia Constitución. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, clave IV.3o.T., núm. 119 L. Amparo directo 839/2002. Edmundo Mateo Boneti Meza, 9 de diciembre de 2002, unanimidad de votos, ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez, secretaria: Myrna Gabriela Solís Flores.

Otro pronunciamiento jurisprudencial interesante sobre la igualdad entre el hombre y la mujer es el siguiente:

ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD QUE TUTELA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Desde un punto de vista jurídico la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Por otra parte, debe decirse, que el adulterio entraña una ofensa al cónyuge

inocente, y en consecuencia, su consumación significa una falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, lo cual constituye la base fundamental del matrimonio, de ahí que al cometerse adulterio, sea quien sea quien lo realice, indiscutiblemente conculcará los derechos de la familia, trastornando el orden y la moralidad que debe imperar en ese núcleo. Ahora bien, el artículo 288 del Código Civil del Estado de Campeche, contiene la siguiente disposición: “El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; II. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; III. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima”. Este precepto, como puede verse, resulta discriminatorio, con base en que respecto a una misma situación jurídica trata de manera diferente a la mujer, en relación a una causal de divorcio como lo es el adulterio, pues el cometido por la esposa, en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio; en cambio, el cometido por el varón acusa matices diversos, ya que si comete adulterio, éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias agravantes que contempla la norma hipotética en cuestión. Por consiguiente, si tanto el hombre como la mujer, conforme a esa ley secundaria, tienen acción de divorcio en la hipótesis de adulterio, no hay razón válida y justificativa para menguar el derecho de la mujer, sujetando o condicionando la procedencia de su acción a que se satisfagan determinadas circunstancias en el adulterio del varón, dado que tales disposiciones infringen la garantía de igualdad jurídica que tutela el artículo 4o. de la Constitución General de la República, de ahí que sea lógico y jurídico concluir, que el artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche es inconstitucional, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, noviembre de 1995, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis XIV, 2o. 3 C, p. 502.

Desde luego, aunque el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres fue originalmente incorporado a los textos constitucionales modernos para eliminar distintas situaciones de discriminación contra estas últimas, ello no impide que su aplicación pueda ser también benéfica para los primeros, como lo demuestra la siguiente tesis:

SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y DEPÓSITO DE LA MUJER. El artículo 287, párrafos segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer. Al establecer el referido precepto como diligencia para la separación de personas, el depósito de la mujer, y en caso de que se señale como lugar del depósito el domicilio conyugal, la abstención del esposo de concurrir a éste mientras la medida subsista, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 del propio

código, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar la separación, transgrede la garantía de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, prevista en el artículo 4o., segundo párrafo (ahora primero, MC) de la Constitución Federal que proscribe toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas. Ello es así, porque el citado artículo 287, párrafos segundo y tercero, tratándose de diligencias para realizar tal separación, establece una diferencia de trato entre los cónyuges basada en la condición de su sexo, pues prevé para el varón la obligación de abandonar el domicilio conyugal si se señala éste como lugar de depósito de la mujer, lo cual implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIII, mayo de 2001, tesis 1a. XXXIII/2001, pp. 286 y 287.

Desde mi punto de vista, esta tesis contiene un criterio bastante simplista y literal de la igualdad entre hombres y mujeres; quizá con apoyo en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tendentes a proteger a la mujer y haciendo una interpretación mucho más matizada y aguda (incluso incorporando datos estadísticos de la violencia contra las mujeres perpetrada precisamente por sus cónyuges y dentro del domicilio conyugal) la Corte podría haber sostenido un criterio más protector.

En América Latina los tribunales constitucionales no siempre se han empleado a fondo en el estudio del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, destaca la tarea muy seria y responsable de la Corte Constitucional de Colombia, que en este tema (como en tantos otros) se encuentra a la vanguardia en la región. La Corte colombiana ha entendido que viola dicho principio de igualdad, por ejemplo, el consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer; el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges; el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos y así por el estilo.⁵¹

B. La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral

Como ya se ha visto en relación con el principio de no discriminación, también la igualdad entre el hombre y la mujer vale en el ámbito de las relaciones

⁵¹ Ver, al respecto, Universidad del Rosario, *Investigación sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Corte Constitucional-USAID, 2001, p. 149.

entre particulares. Concretamente en el ámbito laboral, donde la mujer no podrá sufrir ninguna discriminación en su percepción salarial (véase el artículo 123 apartado A, fracción VII de la Constitución) o en el resto de sus condiciones de trabajo.⁵²

Al estar el principio de igualdad entre hombres y mujeres contenido en una norma de derecho fundamental, no puede ser objeto de ninguna negociación o concesión entre trabajadores y patrones; como afirma Juan María Bilbao Ubillos, “la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería el resultado de la libre voluntad de las dos partes, no convierte en legítima una decisión que tiene un sentido claramente discriminatorio”.⁵³

La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral ha tenido un gran desarrollo normativo en el seno de la Unión Europea, a partir del cual la doctrina ha identificado cuatro grandes temas como objeto de la prohibición de discriminar por razón de sexo:⁵⁴ 1) remuneración; 2) acceso al empleo, promoción y formación profesional; 3) condiciones de trabajo; y 4) seguridad social.

Una disposición semejante a la citada del artículo 123 de la Constitución mexicana, aunque un poco más amplia, se contiene en el artículo 35 de la Constitución española, en el que se reconoce el “deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, *sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*” (cursivas añadidas).

Pese a su prohibición, en México persisten graves fenómenos de discriminación en contra de las mujeres en el orden laboral. Como se verá más adelante al aportar estadísticas concretas que lo acreditan, las mujeres no tienen en la ac-

⁵² Sobre el tema de la discriminación laboral de la mujer, Ballester, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994; Albert López-Ibor, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002; y Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, *cit.*, pp. 289 y ss., entre otros. Sobre el tema de la discriminación laboral en general se ha ocupado también la Organización Internacional del Trabajo, en su Convenio número 111, consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, *cit.*, t. I, pp. 329-333.

⁵³ *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid, CEPC, 1997, p. 457.

⁵⁴ Ballester, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, *cit.*, p. 30.

tualidad las mismas posibilidades que los hombres de alcanzar puestos de relevancia dentro de los poderes públicos.

Por otro lado, una forma de discriminación reforzada se da en contra de las mujeres que están embarazadas, las cuales, o bien no son admitidas en un trabajo (todavía es una práctica bastante extendida el que se pida a una mujer el certificado de “no gravidez” para contratarla), o son despedidas por esa causa, violando con ello tanto el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional (al hacer discriminaciones por razón de sexo y por afectar un derecho con base en las condiciones de salud), como el párrafo primero del artículo 4o. (igualdad entre hombre y mujer) y el derecho a la intimidad que, como se verá más adelante, está consagrado en varios tratados internacionales firmados y ratificados por México.

La tutela de la no discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral siempre ha sido necesaria y lo sigue siendo también en la actualidad puesto que un gran número de ellas se está incorporando al mercado de trabajo, por lo cual se les deben asegurar las mejores condiciones posibles.

Al margen de que el combate a sus formas más negativas requiera medidas protectoras especiales o de políticas públicas focalizadas, lo cierto es que la discriminación laboral de las mujeres no puede dejar de estudiarse dentro de la temática más amplia de la discriminación en general, puesto que —como señalan algunos autores—⁵⁵ es muy posible que la discriminación contra las mujeres en el trabajo obedezca a factores que se ubican fuera del propio mercado de trabajo, en un conjunto de pautas sociales que favorecen, permiten y estimulan el trato diferenciado entre hombres y mujeres.

En términos generales, como ya se apuntaba, es cierto que la incorporación de la mujer en el mercado laboral ha ido creciendo notablemente en los últimos años. Este proceso, sin embargo, no se ha dado de forma pacífica y plenamente respetuosa con los derechos de las mujeres; por el contrario, se han vulnerado en reiteradas ocasiones sus derechos laborales. Como se apunta en un estudio de la OCDE (organización de la que México forma parte), la incorporación de la fuerza laboral femenina al mercado se explica por varios factores y está sometida a diversas tensiones; según esta organización internacional,

Son varias las fuerzas que han provocado esta evolución: los cambios de las pautas familiares y de la formación de los hogares que aumentan cada vez más la importancia de las ganancias de las mujeres en la renta del hogar; las crecientes aspiraciones de las mujeres de independencia y de realización personal que puede aportar el

⁵⁵ Albert López-Ibor, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, cit., p. 16.

empleo remunerado, así como de conseguir la igualdad entre los hombres y las mujeres; y el hecho de que los gobiernos se den cuenta de que aumentar las tasas de ocupación para crear una base más sólida con la que financiar los sistemas de protección social en un momento en el que está envejeciendo la sociedad. La estructura del empleo también ha cambiado a favor de las mujeres, ya que el empleo se ha desplazado de la agricultura y la industria a los servicios, sector en el que las mujeres están sobrerrepresentadas. Sin embargo, a pesar de los progresos irrefutables, sigue preocupando el hecho de que las mujeres aún no hayan conseguido la igualdad con los hombres y de que no se aproveche al máximo su potencial de productividad: las tasas de paro femeninas son más altas que las masculinas en la mayoría de los países de la OCDE; sigue habiendo diferencias entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere a las oportunidades de empleo, la remuneración y el tiempo de trabajo; y se continúa creyendo que las tareas del hogar y el cuidado de los hijos son principalmente responsabilidad de las mujeres, cualquiera que sea el lugar en el que se realicen.⁵⁶

C. La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos

Son varias las referencias que existen en el derecho internacional de los derechos humanos a la igualdad entre hombres y mujeres. Desde luego, a este tipo de igualdad le son aplicables todos los mandatos genéricos de no discriminación, así como otros más específicos en relación con los derechos de las mujeres y las niñas, contenidos en instrumentos convencionales y no convencionales.

Entre estos últimos se puede mencionar la Declaración y Programa de Acción de Viena, emanado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en esa ciudad en 1993; en ese documento se afirmó que

Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

La violencia y todas sus formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y de coo-

⁵⁶ OCDE, *Perspectivas del empleo 2002*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 106 y 107.

peración internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social.

La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de los derechos humanos relacionados con la mujer.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y la niña.⁵⁷

Dentro de los instrumentos convencionales se puede citar el artículo 3o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que “Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. El artículo 2.1 del mismo Pacto establece el principio de no discriminación por razón de sexo, que también contribuye a reforzar el mandato de igualdad entre hombres y mujeres.

El artículo 3o. ha sido objeto de una muy importante e interesante observación general, dictada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU;⁵⁸ parte de su interés radica en el hecho de que pone el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en relación con el resto de derechos del Pacto y que, para cada uno de ellos, señala las cuestiones que afectan de forma más sensible al principio de igualdad mencionado. Por la riqueza de sus planteamientos conviene examinar, aunque sea de forma superficial, su contenido.

En primer lugar, el Comité señala que el principio de igualdad entre hombre y mujer no solamente requiere de acciones protectoras, sino también aquellas que tengan por objeto la promoción; en palabras del Comité, “El Estado no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer de forma efectiva e igualitaria” (párrafo 3).

Luego, el Comité reconoce, como ya se ha mencionado en los párrafos precedentes y como se intentará demostrar con algunas evidencias estadísticas en el apartado que sigue, que la desigualdad entre el hombre y la mujer es una cuestión no sólo ni inmediatamente jurídica (aunque puede serlo también en contextos concretos, en los que las normas proyectan pautas negativas de con-

⁵⁷ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, p. 1317.

⁵⁸ Se trata de la Observación General número 28 (igualdad de derechos entre hombres y mujeres), adoptada en el año 2000; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 468 y ss.

ducta muy arraigadas en la comunidad), sino que obedece a profundas creencias y prácticas sociales, legitimadas en ocasiones por credos religiosos que imponen un papel subalterno a las mujeres; las palabras del Comité son las siguientes:

La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino [párrafo 5].

En consecuencia con lo anterior, el Comité pide a los Estados parte que en sus informes identifiquen las prácticas tradicionales, culturales y religiosas que generan desigualdades entre el hombre y la mujer, así como las medidas que están tomando para rectificar dichas prácticas.

Un aspecto de riesgo para los derechos de la mujer es el que tiene que ver con el embarazo y el alumbramiento; por ello, el Comité pide a los Estados parte que en sus informes aporten datos sobre las tasas de natalidad y el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo o el parto. También deberán aportar información desglosada por sexo acerca de la tasa de mortalidad infantil (párrafo 10).

Una forma en que se mantienen situaciones de sojuzgamiento y discriminación hacia la mujer se da a través de la llamada “trata de mujeres”, por medio de la cual los varones no reconocen la plena capacidad jurídica de la mujer y le imponen una serie de deberes que ésta no ha aceptado de forma libre, lo que puede incluir el que se venda a la mujer dentro y fuera de su país, así como la obligación de la prostitución forzada. La trata de mujeres se intenta en no pocas ocasiones disfrazar a través de formas encubiertas de esclavitud, como lo pueden ser ciertos servicios domésticos o servicios personales de cualquier índole (párrafo 12).

En algunos Estados, el dominio del hombre sobre la mujer se manifiesta a través de la imposición de cierta forma de vestir en público para las mujeres, cuestión sobre la que los Estados partes del Pacto deben informar con detalle al Comité (párrafo 13).

En los espacios dedicados a la extinción de las penas privativas de la libertad, las mujeres deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas únicamente por guardias del sexo femenino; las mujeres menores de edad deben estar separadas de las que ya cumplieron la mayoría de edad. El trato digno para la mujer privada de libertad adquiere mayor importancia durante el embarazo, por lo cual el Comité señala que “Las mujeres embarazadas que estén privadas

de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos” (párrafo 15).

Otro sector sensible para los derechos de las mujeres es el que tiene que ver con sus derechos reproductivos, aspecto sobre el que se abunda en el capítulo tercero de este libro, dentro del apartado relativo a la libertad de procreación. El Comité señala que los derechos de la mujer se pueden violar por ejemplo cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos u otros funcionarios la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. También es una violación de los derechos de la mujer que los empleadores les pidan una prueba de embarazo para contratarlas (párrafo 20).

Finalmente, el Comité resalta las graves violaciones que se pueden dar en el ámbito laboral o en las relaciones entre particulares, sobre las que ya nos hemos detenido en el apartado anterior. En opinión del Comité se dan muchos casos en los que

hay una gran proporción de mujeres que trabajan en ámbitos no amparados por la legislación laboral y que las costumbres y tradiciones imperantes discriminan contra la mujer, especialmente en cuanto a las posibilidades de un empleo mejor remunerado y al derecho a igual remuneración por un trabajo de igual valor. Los Estados partes deberán revisar su legislación y sus prácticas y tomar la iniciativa en la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para erradicar la discriminación contra la mujer en todas las materias prohibiendo, por ejemplo, la discriminación por particulares en ámbitos tales como el empleo, la educación, la actividad política y el suministro de alojamiento, bienes o servicios [párrafo 31].

Aparte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, otro instrumento de primera importancia para comprender el tema de la igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por el Senado de México el 18 de diciembre de 1980.⁵⁹

⁵⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981 (fe de erratas del 18 de junio de 1981); consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 97 y ss.

En el preámbulo de la Convención se hace referencia tanto al principio de no discriminación contra las mujeres como a la importancia que tiene la participación de las mismas en la vida pública de todos los países:

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana, que dificulta su participación, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de sus posibilidades para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el pleno desarrollo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

A partir del texto de dicha Convención ha venido trabajando el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, que como otros comités también dicta recomendaciones generales. Su Recomendación General número 23 (adoptada en su 16o. periodo de sesiones, en 1997) se refiere a una cuestión de la mayor importancia para alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer; se trata del tema de la vida pública y la vida privada.⁶⁰ Puede ser interesante repasar algunas de las afirmaciones que se contienen en esa Recomendación General.

El Comité reconoce que las esferas pública y privada siempre se han considerado de distintas formas y se han reglamentado en consecuencia. A cada uno de los sexos se le ha asignado de manera predominante tareas dentro de una de esas esferas, de tal forma que a las mujeres les han correspondido funciones domésticas, relacionadas con la procreación y la crianza de los hijos; actividades que son socialmente consideradas inferiores. Por su parte, al hombre le han correspondido funciones dentro de la esfera pública, que han gozado del respeto y prestigio sociales. La mujer se ha visto excluida de la vida política y del proceso de adopción de decisiones que pueden determinar las modalidades de la vida cotidiana y el futuro de las sociedades (párrafos 8 y 9).

A lo anterior han contribuido, en opinión del Comité, ciertos valores culturales, creencias religiosas, así como la falta de servicios y el hecho de que el hombre no ha participado en la organización del hogar ni en el cuidado y la crianza de los hijos (párrafo 10).

⁶⁰ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 675 y ss.

Aunque formalmente muchos países reconocen el derecho de las mujeres a participar en la vida pública, el Comité reconoce que siguen existiendo importantes obstáculos para que dicha participación sea efectiva, debido a barreras económicas, sociales y culturales (párrafo 14). Por ejemplo, se ha comprobado que las mujeres reciben menos información que los hombres sobre los candidatos, los programas de los partidos y los procedimientos para votar. Además, la doble carga de trabajo de la mujer (la laboral fuera del hogar y la doméstica) y los apuros económicos limitan el tiempo o la oportunidad que pueden tener las mujeres de seguir las campañas electorales y ejercer con plena libertad su derecho de voto (párrafo 20).

El Comité señala varios ejemplos de medidas que han tomado los Estados para asegurar el derecho de las mujeres a participar en la formulación de las políticas gubernamentales, que es un derecho establecido en el artículo 7o. de la Convención. El Comité señala que

Varios Estados parte han adoptado medidas encaminadas a garantizar la presencia de la mujer en los cargos elevados del gobierno y la administración y en los órganos de asesoramiento gubernamental, tales como: una norma según la cual, en el caso de candidatos igualmente calificados, se dará preferencia a una mujer; una norma en virtud de la cual ninguno de los dos sexos constituirá menos del 40% de los miembros de un órgano público; un cupo para mujeres en el gabinete y en puestos públicos, y consultas con organizaciones femeninas para garantizar que se nombre a mujeres idóneas a puestos en organismos públicos y como titulares de cargos públicos y la creación y mantenimiento de registros de mujeres idóneas, con objeto de facilitar su nombramiento a órganos y cargos públicos. Cuando las organizaciones privadas presenten candidaturas para órganos asesores, los Estados partes deberán alentarlas a que nombren a mujeres calificadas e idóneas [párrafo 29].

D. Algunos datos sobre la desigualdad de género

Antes de terminar este apartado, referido a la igualdad entre el hombre y la mujer, conviene aportar algunas estadísticas que ilustren la situación de tan importante tema en México, así como que nos reflejen la posición de nuestro país en el marco de la comparación con otras naciones.

En general en el mundo, la participación política de la mujer es notablemente inferior a la del hombre. Así, con datos del primer semestre de 2000, solamente nueve mujeres eran jefas de Estado o de gobierno en el mundo; en 1998 el 8% de los ministros (secretarios de Estado, en el caso mexicano) de los gobiernos del mundo eran mujeres, y solamente en un país eran mayoría frente a

los hombres.⁶¹ El porcentaje de escaños parlamentarios ocupados por mujeres también es escaso: alcanza el 38% en los países del norte de Europa, pero baja al 15% en las Américas y toca un penoso 3% en los países árabes.⁶²

En México, con datos de 2002, las cosas parecen estar un poco mejor que en otros países, sin que nuestra situación sea tampoco muy halagüeña. Para esa fecha, había un 16% de los escaños en la Cámara de Diputados ocupados por mujeres, y un 15% en la Cámara de Senadores. Solamente el 11% de los cargos ministeriales en el gobierno eran ocupados por mujeres.

Los ingresos entre hombres y mujeres son muy dispares: las mujeres ganan solamente el 38% de lo que ganan los hombres, en un promedio nacional.⁶³ Casi dos de cada tres personas adultas que no saben leer ni escribir en México son mujeres. A los 14 años, una de cada tres niñas ya no asiste a la escuela.⁶⁴ Estos datos ponen de manifiesto al menos dos cuestiones:

1. La persistencia de roles sociales que contemplan a la mujer dedicada a cuestiones relativas a la vida privada (crianza de los hijos, mantenimiento del hogar, cuidado de los ancianos y enfermos, etcétera), y
2. La necesidad de impulsar mecanismos institucionales que fomenten en la realidad la igualdad entre hombres y mujeres; librada a su propia suerte, esa relación siempre permitirá el dominio masculino basado en pautas tradicionales —en el mejor de los casos—, o incluso en el uso de la fuerza física —en el peor escenario—.

En este contexto, tiene una enorme importancia la implementación de mecanismos como las cuotas electorales de género para forzar institucionalmente una mayor igualdad entre hombres y mujeres. Al estudio de dichas cuotas se dedica uno de los apartados finales de este capítulo.

Las estadísticas ilustran profusamente la preocupación expresada en alguno de los apartados anteriores con respecto a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral.

Un dato importante es el que refleja la distinta tasa de participación laboral de hombres y mujeres, de acuerdo con los datos que aparecen en el cuadro 2.1 que sigue.

⁶¹ ONU, *Situación de la mujer en el mundo 2000. Tendencias y estadísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001, pp. XVI y XVII.

⁶² Fuente: www.ipu.org.

⁶³ *Informe sobre desarrollo humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, Madrid, Mundi-Prensa, 2002.

⁶⁴ Datos tomados del Programa Nacional de la Mujer 1995-2000.

Cuadro 2.1. Tasa de participación en el mercado laboral por género (%)*

<i>País</i>	<i>1979</i>	<i>1989</i>	<i>1996</i>
<i>Hombres</i>			
Japón	78,2	75,1	74,9
Estados Unidos	73,8	72,5	70,9
Australia	75,3	71,9	67,9
Países Bajos	74,3	65,0	66,9
Reino Unido	74,5	70,4	65,7
Canadá	73,4	71,4	65,2
Suecia	73,7	70,9	61,8
España	75,1	66,2	60,7
Alemania	69,8	65,9	60,1
Francia	69,6	61,2	57,6
Italia	66,3	59,9	56,6
<i>Mujeres</i>			
Estados Unidos	47,5	54,3	56,0
Suecia	57,2	61,7	54,2
Canadá	45,3	53,7	52,1
Australia	40,7	48,6	50,4
Reino Unido	45,3	49,1	50,1
Japón	45,7	47,7	47,7
Países Bajos	29,2	37,4	44,9
Alemania	38,4	39,7	41,2
Francia	40,5	41,2	40,3
España	28,6	32,5	38,4
Italia	27,3	28,6	28,4

* Porcentaje de personas adultas que están trabajando.

Fuente: Carbonell, José, "Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente", mimeo, Barcelona, 2003, a partir de Navarro, Vicenç, *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 35.

Otro dato interesante es el que tiene que ver con las diferencias que existen entre hombres y mujeres en relación con el trabajo a tiempo parcial; como se verá en el cuadro 2.2, las mujeres, al tener mayores responsabilidades dentro del hogar (en relación con el cuidado de los hijos, de los ancianos y en general con la realización de las tareas domésticas) pueden acceder al mercado laboral de manera menos plena, lo cual se refleja en la mayor contratación femenina a tiempo parcial.

Cuadro 2.2. Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial, 2000
Personas de 15-64 años

<i>País</i>	<i>Incidencia del trabajo a tiempo parcial*</i>		<i>Proporción de mujeres**</i>		
	<i>Mujeres</i>	<i>Hombres</i>	<i>Trabajo a tiempo completo</i>	<i>Trabajo a tiempo parcial</i>	<i>Total</i>
Australia	44,6	12,6	33,1	73,6	43,9
Austria	24,3	2,3	37,9	89,2	44,1
Bélgica	34,4	6,9	35,1	79,4	42,3
Canadá	27,0	9,8	41,0	70,3	46,2
Rep. Checa	5,0	1,1	42,7	77,4	44,0
Dinamarca	23,9	8,6	42,4	71,2	46,9
Finlandia	13,5	6,6	45,7	64,9	47,6
Francia	24,8	5,3	39,2	79,2	44,9
Alemania	33,7	4,4	35,2	85,8	43,9
Grecia	9,2	2,9	36,4	66,5	38,0
Hungría	5,1	1,6	53,3	79,7	51,8
Islandia	32,1	8,5	40,1	77,4	47,4
Irlanda	32,9	7,5	33,6	75,6	41,2
Italia	23,4	5,5	32,3	71,3	37,0
Japón	39,4	11,8	20,1	69,7	40,8
Corea	9,1	4,5	39,8	58,6	41,0
Luxemburgo	28,4	1,9	32,2	90,5	39,4
México	25,6	7,1	22,4	65,1	34,2
Países Bajos	57,1	13,0	27,1	76,8	42,9
Nueva Zelanda	35,4	10,6	37,7	73,6	45,6
Noruega	42,5	9,7	35,7	79,1	46,7
Polonia	17,9	8,8	32,3	61,7	44,9
Portugal	12,6	3,0	42,7	77,9	45,3
Rep. Eslovaca	2,4	0,8	49,9	74,5	50,8
España	16,4	2,5	33,8	79,5	37,3
Suecia	22,6	7,6	43,8	73,3	48,2
Suiza	45,8	8,4	31,9	81,2	44,1
Reino Unido	40,2	7,6	34,6	81,3	44,9
Estados Unidos	19,4	7,3	43,1	69,7	46,6
<i>Media</i>	<i>25,8</i>	<i>6,5</i>	<i>37,1</i>	<i>75</i>	<i>43,9</i>

* Porcentaje de mujeres (hombres) que trabajan a tiempo parcial con respecto al empleo femenino (masculino) total.

** Porcentaje de mujeres con respecto al empleo total por categorías.

Fuente: Carbonell, José, "Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente", *cit.*, a partir de OCDE, *Perspectivas del empleo 2002*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 116.

Como es obvio, el trabajo a tiempo parcial aumenta en las mujeres con hijos, lo cual significa que la discriminación laboral puede tener incidencia en el ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de procreación.⁶⁵

Cuadro 2.3. Trabajo a tiempo parcial por sexo y según la presencia de hijos, 2000

Porcentaje de personas que trabajan a tiempo parcial con respecto al empleo total de cada categoría, trabajadores de 25-54años

<i>País</i>	<i>Mujeres</i>				<i>Hombres</i>		
	<i>Sin hijos</i>	<i>Un hijo</i>	<i>Dos a más hijos</i>	<i>Total</i>	<i>Sin hijos</i>	<i>Un hijo</i>	<i>Total</i>
Australia	40,8	54,1	63,1	41,8	8,0	5,5	6,9
Austria	17,4	33,6	43,7	26,7	2,1	1,7	1,9
Bélgica	29,2	34,7	46,1	34,7	6,5	5,1	5,9
Canadá	17,0	22,9	30,7	21,4	5,2	3,2	4,3
Rep. Checa	2,6	4,5	7,5	4,0	1,0	0,4	0,7
Dinamarca	18,5	13,3	16,2	16,6	—	—	3,7
Finlandia	7,5	8,6	13,6	9,2	—	—	3,7
Francia	20,0	23,7	31,8	23,7	5,2	3,6	4,4
Alemania	24,0	45,3	60,2	35,2	4,2	2,3	3,4
Grecia	8,4	9,7	11,2	9,2	2,8	2,5	2,7
Hungría	—	—	—	4,9	—	—	1,2
Islandia	—	—	—	28,4	—	—	3,3
Irlanda	16,6	37,2	46,4	29,7	4,3	3,6	4,0
Italia	20,0	27,2	34,4	24,1	5,5	4,5	5,1
Japón	—	—	—	38,4	—	—	6,2
Corea	—	—	—	8,7	—	—	3,3
Luxemburgo	19,9	32,7	48,1	29,0	1,4	1,6	1,5
Países Bajos	38,3	72,6	82,7	55,9	6,2	4,6	5,5
Nueva Zelanda	20,6	37,6	50,8	32,4	5,9	5,3	5,6
Noruega	24,7	33,5	41,1	31,8	5,0	—	5,0
Polonia	—	—	—	15,1	—	—	5,8
Portugal	11,5	10,5	11,3	11,2	2,7	1,3	2,0
Rep. Eslovaca	—	—	—	2,3	—	—	0,8
España	13,7	17,4	18,6	15,3	2,6	1,2	1,9
Suecia	14,6	16,7	22,2	17,9	5,2	3,4	4,3
Suiza	34,2	58,0	66,5	47,1	6,1	3,6	4,9
Reino Unido	23,7	46,6	62,8	38,6	4,1	3,2	3,7
Estados Unidos	10,1	15,8	23,6	14,6	3,5	1,8	2,7
<i>Media</i>	<i>18,7</i>	<i>28,7</i>	<i>36,6</i>	<i>23,2</i>	<i>4,2</i>	<i>2,9</i>	<i>3,6</i>

— Datos no disponibles

Fuente: Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer...”, *cit.*

⁶⁵ El estudio de la libertad de procreación se realiza en el capítulo tercero de este libro.

El análisis de los datos precedentes en cuanto a la incidencia del trabajo a tiempo parcial en relación con el sexo es muy importante para la temática de la no discriminación, puesto que se trata de una de las cuestiones que se han utilizado en la práctica por algunos tribunales constitucionales para determinar si se ha vulnerado el principio de no discriminación por razón de sexo. Concretamente se trata de un caso típico en el que se puede utilizar el concepto de “discriminación indirecta” al que ya nos hemos referido.

Como ya se vio, la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una práctica administrativa, una regulación contractual o cualquier otro acto jurídico que es presuntamente neutral en relación con el sexo, acaba siendo más perjudicial para uno u otro sexo en virtud de la desigual situación fáctica en la que se encuentran ubicados los hombres y las mujeres. En el tema del trabajo a tiempo parcial, se puede aducir que, en principio, dicha forma de contratación es neutral respecto al sexo en la medida en que cualquier persona puede ser contratada bajo esa modalidad.

Sin embargo, si se logra acreditar que, de hecho, las mujeres forman una amplia mayoría dentro del conjunto de las contrataciones laborales a tiempo parcial y si además ese tipo de contratación no tiene las mismas características que las contrataciones a tiempo completo (por ejemplo en cuanto al pago por hora de trabajo, a las prestaciones, los derechos de formación profesional, etcétera), entonces se puede configurar una discriminación indirecta que, de acuerdo con las cifras de los cuadros precedentes, sería notablemente perjudicial para las mujeres.

E. La igualdad entre el hombre y la mujer en la teoría constitucional mexicana

En México, una parte muy importante de la doctrina nacional no solamente no ha entendido cabalmente los alcances del mandato constitucional contenido en el primer párrafo del artículo 4o., sino que además lo considera innecesario. Se trata de un punto de vista sobre el que ni siquiera se debería hacer referencia alguna, si no fuera porque, debido a circunstancias que sería muy difícil explicar en pocas páginas y que no vienen al caso en este momento, sigue teniendo una influencia notable entre nuestros estudiantes. El criterio al que hacemos referencia, que niega aspectos evidentes de la realidad, se expresa en los siguientes términos:⁶⁶

⁶⁶ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 274. Todas las cursivas del texto son del propio Burgoa.

La igualdad jurídica entre el hombre y la mujer ha existido en México desde hace varios lustros, por lo que su proclamación en la ley fundamental de la República resultó *innecesaria*. En efecto, desde el punto de vista *civil, político, administrativo y cultural*, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón... Esa protección jurídica se ha implantado tomando en cuenta las diferencias naturales de carácter sico-somático entre el varón y la mujer y las cuales jamás deben ser desatendidas por el orden jurídico... Desde el punto de vista penal, sería grotesco y ridículo que el varón pudiese ser víctima del delito de estupro o que la mujer fuera agente del delito de rapto, de donde se colige que *nunca puede existir ninguna igualdad jurídica absoluta e inexceptional entre ambos sexos por su diversidad sico-somática*... La declaración dogmática que contiene el artículo 4o. constitucional en el sentido de que el varón y la mujer “son iguales ante la ley”, es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos... lo innecesario de dicha declaración también se deduce de la circunstancia de que *tanto la mujer como el varón, en su carácter de gobernados, son titulares de las mismas garantías que consagra la Constitución*...

Por reflejar de forma tan clara las ideas del autor, no es necesario abundar ni hacer comentario alguno sobre el párrafo anterior.

2. *La protección de la familia*

Dentro del mismo párrafo primero del artículo 4o. que contiene el principio de igualdad entre hombres y mujeres, la Constitución ordena al legislador proteger la organización y el desarrollo de la familia.

El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales —como es comprensible— han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público;⁶⁷ esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil no sean aplicables en este nuevo contexto.

La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico.⁶⁸ Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “es un

⁶⁷ De este enfoque nuevo da buena cuenta el hecho de que el Código Civil del Distrito Federal disponga, en su artículo 138ter, que las disposiciones relativas a la familia son “de orden público e interés social”; de la misma forma, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece que “Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público” (artículo 940).

⁶⁸ Ingrid Brena lo explica con las siguientes palabras: “La familia no es, desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, dise-

grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”; de acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados” y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”.⁶⁹

La organización de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas.⁷⁰ El aumento de los divorcios, la disminución de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, etcétera, han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar.

Los intensos movimientos sociales surgidos en los años sesenta y setenta, formados en alguna medida por estudiantes y militantes feministas, expusieron una visión más cruda de las realidades familiares, que dejaron de verse rodeadas de romanticismo para empezar a ser notablemente cuestionadas. Se desató entonces lo que algunos analistas definieron como una “guerra contra la familia”.⁷¹

Con guerra o sin ella, lo que parece cierto es que en la actualidad tanto en el campo de la política, como en la academia y en la vida diaria es muy difícil saber quién es parte de una familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe ser tutelada por el derecho. Las fronteras familiares parecen estarse borrando y las definiciones devienen inciertas.⁷² A ello ha contribuido, incluso, el avance médico, que hoy permite nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de parentesco; por un lado, las pruebas genéticas nos permiten contradecir la máxima que decía que *pater semper incertus*, pero por otro se pueden dar casos en los que lo que no se puede definir con certeza es el concepto de madre, como ha ocurrido en algunos casos de madres subrogadas, entre otros.

ñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales”, “Personas y familia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 21a. ed., México, Porrúa, 2002.

⁶⁹ *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

⁷⁰ Una visión global muy completa de los cambios que ha sufrido la familia puede verse en Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge, Polity Press, 2002.

⁷¹ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family*, cit., p. 1.

⁷² *Ibidem*, p. 2.

Lo que sucede, entonces, es que los conceptos de parentesco social y de parentesco biológico se han separado, ya que no se autoimplican necesariamente.⁷³

Parecería que la familia está destinada a desaparecer en el futuro; los estudiosos de los procesos familiares, sin embargo, no lo creen así, si no que más bien anuncian una modificación profunda de las estructuras familiares que se dará a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de arreglos para los que se han divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo;⁷⁴ ya abundan las familias que implican la convivencia estable sin matrimonio (con o sin hijos), las familias monoparentales, las familias integradas por personas del mismo sexo, familias que viven en varios hogares o incluso en varias ciudades, etcétera. Con toda probabilidad la familia tradicional (hombre y mujer casados, viviendo en la misma casa con sus descendientes inmediatos) acabará perdiendo el monopolio de las formas de organización familiar, dando lugar a esas nuevas formas que se acaban de mencionar.⁷⁵

Todo lo anterior significa que el legislador, al dar cumplimiento al mandato constitucional que le ordena regular y proteger lo relativo a la organización y desarrollo de la familia, debe tener en cuenta las nuevas realidades sociológicas.

Ingrid Brena distingue cuatro distintos ámbitos a través de los cuales las nuevas pautas de organización de la familia han impactado en el derecho que la regula:⁷⁶

⁷³ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 10. Para dar una idea de la complejidad que están adquiriendo las nuevas estructuras familiares basta tener en cuenta la tipología de “familias monoparentales” que ha citado algún autor; dentro de ese tipo de familia se puede distinguir: a) las vinculadas a la natalidad, formadas principalmente por madres solteras; b) las vinculadas a la relación matrimonial, cuando se produce un abandono de familia, anulación del matrimonio, separación de hecho de los cónyuges, separación legal y divorcio; c) vinculadas al ordenamiento jurídico, cuando se produce la adopción de un menor por una persona soltera; y d) vinculadas a situaciones sociales, cuando se produce por causa de hospitalización de uno de los cónyuges, por emigración, por trabajo de un cónyuge en lugares distanciados o por encarcelación. Al respecto, Mora Temprano, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999, p. 382.

⁷⁶ “Personas y familia”, *cit.*, p. 752.

1. La reducción de la familia a la llamada familia nuclear, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, o ahora la del cónyuge divorciado o madre soltera con hijos.
2. Los poderes familiares están sometidos cada vez más a controles legales; por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Se avanza hacia la desaparición de los vínculos autoritarios, con la disolución del sistema jerárquico y la construcción del grupo familiar con base en el reconocimiento de la igualdad entre sus miembros.
3. El pluralismo jurídico, pues el legislador no debe implantar un modelo o sistema único de familia, sino que debe admitir la coexistencia de múltiples posibilidades.
4. La participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia no cumplen con los deberes de protección y respeto que se deben entre ellos.

En sentido parecido, autores como Göran Therborn destacan las siguientes pautas de cambio en el ámbito de la familia:⁷⁷ A) las familias tienen menos hijos, sobre todo en los países más desarrollados; B) se ha erosionado sensiblemente el “patriarcado” que existía en el interior de las familias, de forma que el poder del padre y del marido ha ido disminuyendo en favor de una mayor igualdad entre los miembros del núcleo familiar, lo cual ha permitido la emancipación de los niños, los jóvenes y las mujeres; y C) se ha secularizado la sexualidad, alejándola de los tabúes religiosos y no haciéndola dependiente de la existencia de vínculos familiares.

Desde luego, ninguna de estas tendencias puede representarse linealmente ni se generan con la misma intensidad en todos los países, pero pueden servir para orientar los cambios legislativos del futuro, particularmente en lo que tiene que ver con el cumplimiento del mandato constitucional de protección de la familia.

En relación con el punto concreto relativo al descenso en el número de hijos, conviene tener en cuenta las siguientes datos:

⁷⁷ Therborn, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002, pp. 287 y 288.

Cuadro. 2.4. Tasas de fecundidad en algunos países industrializados,
de 1970 a 1997
(hijos por mujer de 15 a 44 años de edad)

<i>País</i>	<i>1960</i>	<i>1970</i>	<i>1980</i>	<i>1990</i>	<i>1997</i>
Alemania	2,4	2,0	1,6	1,5	1,4
Dinamarca	2,4	2,0	1,6	1,7	1,8
España	2,9	2,9	2,2	1,3	1,2
Estados Unidos	3,6	2,5	1,8	2,1	2,1
Francia	2,7	2,5	2,0	1,8	1,7
Italia	2,4	2,4	1,6	1,3	1,2
Japón	—	—	1,8	1,5	1,4
Países Bajos	3,1	2,6	1,6	1,6	1,5
Reino Unido	2,7	2,4	1,9	1,8	1,7
Suecia	2,2	1,9	1,7	2,1	1,5
Noruega	2,9	2,5	1,7	1,9	1,9*
Bélgica	2,6	2,3	1,7	1,6	1,5*
Luxemburgo	2,3	2,0	1,5	1,6	1,7*
Irlanda	3,8	3,9	3,2	2,1	1,9*
Grecia	2,3	2,4	2,2	1,4	1,3*
Portugal	3,1	2,8	2,2	1,6	1,4*

* Datos de 1994.

Fuente: Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, a partir de Carnoy, Martín, *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 153; y Borchorst, Anette, “Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, en Villota, Paloma de (ed.), *La política económica desde una perspectiva de género. La individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 79.

En este orden de ideas, quizá sea la materia familiar en la que más se note la separación y la tensión que existe entre el derecho y la moral. En materia familiar el ordenamiento jurídico debe renunciar a imponer un “modelo” de familia o de comportamiento familiar, y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU reconoce que la tutela de la familia, que está prevista en el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), exige que se reconozcan los diversos tipos de organización familiar que puede haber, conforme a las siguientes ideas:

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23... Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia (en los informes que los Estados rindan ante el Comité), con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.⁷⁸

Pese a la postura atendible que se refleja en el párrafo anterior, también es cierto que el Comité adopta un criterio más restrictivo en otra de sus observaciones generales, en la que se afirma que “La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respecto y debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista”.⁷⁹ Lo que sí parece ser un punto firme en los criterios del Comité es que el mandato de protección del artículo 23 del Pacto incluye a las familias conformadas por una pareja no casada y sus hijos, así como a las familias monoparentales y sus hijos.⁸⁰

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico ha organizado a la familia —en cuanto realidad social en la que confluyen derechos y deberes— con base en el matrimonio, reprendiendo o ignorando a quienes no se plegaran a esa forma de convivencia.⁸¹

En relación con el mandato constitucional del artículo 4o. que se está comentando, es importante destacar que la Constitución no concibe la formación

⁷⁸ Observación General número 19, de 1990, párrafo 2; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 426 y ss.

⁷⁹ Observación General núm. 28, cit., párrafo 24.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 27.

⁸¹ “Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora. Este parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido. Sus alternativas: la norma penal para castigarlo o la negación y el silencio”, Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000, p. 45.

de la familia a través del matrimonio; es decir, no es un requisito constitucional haber celebrado el contrato de matrimonio para disfrutar de la protección al núcleo familiar. De ahí deriva, entre otras cosas, la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales; cabe recordar que el artículo 1o. constitucional, en su párrafo tercero, prohíbe la discriminación por razón de “estado civil”. Por lo tanto, la legislación ordinaria deberá, en línea de principio, reconocer los mismos derechos y obligaciones a los cónyuges y a los meros convivientes; por ejemplo en materia de arrendamientos, de seguridad social, de pensiones, de sucesiones, de fiscalidad, etcétera.

Lo mismo puede decirse en relación al reconocimiento como familia de las uniones entre personas del mismo sexo.⁸² Si una persona decide vincularse sentimentalmente durante un cierto tiempo a otra que pertenezca a su mismo sexo, la ley no tendría motivo alguno para no otorgarle la protección que se le dispensa a una unión entre personas de distinto sexo.

La protección para las parejas homosexuales quizá se pueda derivar directamente de la prohibición constitucional de discriminar entre los hombres y las mujeres, en el sentido de que una misma relación *de facto* de un hombre X tiene diversas consecuencias si se establece con otro hombre o con una mujer. De acuerdo con el vigente ordenamiento jurídico mexicano, de una relación entre personas de distinto sexo —un hombre y una mujer— derivarán, si se cumplen ciertos requisitos legales, determinadas consecuencias, mientras que si una relación semejante se establece entre personas del mismo sexo —entre dos hombres o entre dos mujeres— la tutela legal es inexistente.

Se podría decir, bajo esta óptica, que la ley está discriminando entre hombres y mujeres al tratar de forma desigual dos situaciones *de hecho iguales* y que, en esa virtud, viola el mandato constitucional de no discriminación entre sexos del párrafo primero del artículo 4o. Si se mantiene la posición contraria, es decir, si se defiende que el diferente trato entre parejas heterosexuales y homosexuales es correcto, habrá que justificar con mucho cuidado que no se trata de una discriminación, como en el caso de todos los demás supuestos de tratamiento diferenciado. Refuerza esta consideración el hecho de que el artículo 1o. constitucional, párrafo tercero, prohíbe la discriminación por motivo de las “preferencias”; es obvio que la Constitución se refiere a las preferencias sexuales.

⁸² Un panorama interesante sobre el tema, desde una óptica constitucional, puede verse en Sunstein, Cass R., *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 183 y ss.

Por suerte, han quedado muy lejos los días en que Kant calificaba la homosexualidad como un innombrable vicio contra la naturaleza, que se opone “en grado sumo” a la moralidad y suscita tal aversión que es incluso “inmoral mencionar un vicio semejante por su propio nombre”. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido siguen perdurando las consideraciones y argumentaciones morales cuando se trata de estudiar el tema de la relevancia jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo. En vez de recoger puntos de vista que se basen en normas jurídicas, suelen encontrarse en el debate expresiones construidas sobre prejuicios morales o religiosos. En lugar de decir qué derechos se vulneran al dar cobertura y seguridad jurídica a las uniones homosexuales, se hace referencia a su imposibilidad para procrear, en el mejor de los casos, o simplemente a la promiscuidad, inestabilidad y amor al riesgo, en el peor.⁸³

Lo anterior no supone, en lo más mínimo, restar importancia a la forma “tradicional” de familia, sino abrir el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las personas —sin introducir discriminaciones basadas en criterios morales, culturales o étnicos—, lo cual es una demanda derivada directamente del carácter universal de los derechos fundamentales y de la tolerancia que debe regir en un Estado laico y democrático.

La protección de la familia a nivel constitucional se relaciona con otros preceptos de la carta fundamental e incluso con otras disposiciones del mismo artículo 4o. Destacadamente, la protección de la familia se relaciona con el derecho a la vivienda y con los derechos de los menores de edad.

Por otro lado, la tutela “multicultural” de la familia, por lo que respecta a los indígenas cuando menos, tiene una expresión directa en varias disposiciones del artículo 2o.

Además de lo previsto por el artículo 4o., es importante mencionar que el artículo 123 de la Constitución contiene otra disposición protectora de la familia. En la fracción XXVIII del apartado A establece que “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmísibles a título de herencia con simplificación de las formalidades en los juicios sucesorios”.

Tampoco en esta materia la jurisprudencia es muy abundante (aunque sí lo es, desde luego, la jurisprudencia referida en general a la familia, pero contemplada desde la perspectiva del derecho civil, no la del derecho constitucional, que es la que ahora interesa); se puede citar, sin embargo, la siguiente tesis:

⁸³ Ver Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *cit.*

PATRIA POTESTAD. El artículo 299, regla primera del Código Civil del Estado de Campeche, no viola el principio de protección legal de aquélla y de la organización y desarrollo familiar, contemplados en el artículo 4o. de la Constitución. El referido precepto local no viola los principios de protección legal de la organización y desarrollo familiar, ni el de la patria potestad, pues al disponer que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, quedando éstos bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, en términos de la regla primera está, en realidad, protegiendo los derechos familiares contenidos en el artículo 4o. constitucional. En efecto, si la protección legal de la organización y desarrollo de la familia se entiende como la preservación del núcleo fundamental de la sociedad, así como de las personas que lo conforman, orientado ello hacia el crecimiento personal y social a fin de lograr el más elevado plano humano de los padres y de los hijos y su consecuente participación activa en la comunidad, es forzoso y necesario concluir que la privación de la patria potestad del cónyuge que asumió conductas reveladoras de una baja calidad moral, que ponen al alcance del menor un modelo o ejemplo pervertido o corrupto de la paternidad o maternidad y que además implican abandono o abdicación de los deberes que impone la patria potestad, tiende no sólo a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño sino a lograr lo que más les beneficie dentro de una nueva situación en los órdenes familiar, social y jurídico, protegiendo de esta manera la organización y el desarrollo de la familia que subsiste, en cierto modo, con el cónyuge no culpable y el o los hijos menores de edad que quedan bajo su patria potestad. Luego, tampoco se infringe con la disposición tachada de inconstitucional la institución de la patria potestad; por lo contrario, al privar al cónyuge culpable de ésta en función del bienestar del menor hijo, se mantiene intacta la voluntad del legislador supremo respecto a los derechos de la niñez, es decir, al mayor bienestar de los menores, lo que desde el punto de vista del legislador local se atiende en la sentencia de divorcio que fija la situación de los hijos privando al cónyuge culpable de la patria potestad y preservando su ejercicio al inocente, quien seguirá asumiendo la carga de preservar el derecho de los menores hijos a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental, fuera ya del entorno donde estaban en riesgo de afectación. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, novena época, segunda sala, tesis 2a. LXXVIII/2000, p. 163.

Como una derivación de la protección constitucional a la familia, el propio artículo 4o. contiene diversas disposiciones que tutelan a los menores de edad, considerados en lo individual y en su carácter de miembros del grupo familiar. El estudio de la protección constitucional de los menores se hará en el capítulo referido a los derechos sociales, por las razones que en dicho lugar se exponen.

La protección de la familia se realiza en la práctica a través de la implementación de una serie de políticas públicas sustantivas, que desde luego exigen regulaciones favorables al reconocimiento de formas familiares distintas de las tradicionales, pero que también requieren la implementación de otras medidas fácticas por parte de los poderes públicos. Un elenco orientativo sobre esas po-

líticas públicas para ofrecer servicios en favor de las familias debería contener, entre otras, las siguientes cuestiones:⁸⁴

a) el compromiso del Estado en favor de las familias con hijos (por medio de subsidios familiares y de deducciones de impuestos);

b) la cobertura de servicios públicos en favor de la infancia (guarderías para todos los niños menores de tres años, con independencia del carácter de trabajadores o no trabajadores que tengan los padres);⁸⁵

c) la asistencia para ancianos (incluyendo atención domiciliaria para los mayores de 65 años que la requieran).

Si quisiéramos descomponer un poco los anteriores aspectos, podríamos afirmar que el Estado, para cumplir con el mandato constitucional de proteger a la familia, debería de proveer los siguientes servicios:⁸⁶

a) crear una red de asistencia domiciliaria para todos los ciudadanos que no puedan valerse por sí mismos;

b) crear una red de escuelas infantiles públicas para los niños de 0 a 3 años que cubra la demanda actual;

c) crear residencias para personas de la tercera edad o con discapacidad, tanto permanentes como con atención solamente durante el día;

d) crear una red territorial de centros de atención familiar;

e) crear una red de atención específica para la mujer, por ejemplo en materia de viviendas para madres jóvenes (o madres solas);

f) planes para mujeres con cargas familiares no compartidas y de escasos recursos, o que se encuentren dentro de ciertos indicadores de exclusión social;

g) adecuación de horarios de las oficinas públicas para que las mujeres que trabajan puedan acudir a ellas sin descuidar su trabajo ni sus tareas domésticas;

h) favorecimiento de los permisos, licencias y reducciones de la jornada laboral para mujeres que cuidan hijos menores y/u otros dependientes familiares;

i) introducir cierta flexibilidad laboral a través de esquemas originales que permitan a las mujeres acomodar de mejor forma el reparto del tiempo entre sus diferentes actividades; por ejemplo a través de jornadas reducidas durante periodos de tiempo prestablecidos, por medio de los empleos compartidos, de la capitalización de horas de trabajo a lo largo de la semana, etcétera.

⁸⁴ Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, p. 20.

⁸⁵ Este aspecto, además, también deriva de los mandatos de los tres últimos párrafos del mismo artículo 4o. constitucional, que establecen tareas concretas a cargo de varios sujetos para proteger a los menores de edad.

⁸⁶ Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, p. 28.

Para comprender mejor este punto, conviene tener presente algunas estadísticas básicas que ponen de relevancia el empeño que algunos países realizan en el ámbito de la protección familiar, la cual se tiene que concretar en aspectos como el gasto en servicios familiares, el porcentaje de cobertura que tienen las guarderías públicas o el grado de asistencia domiciliaria. Como se puede observar en el cuadro 2.5, los índices positivos más altos en los rubros que se acaban de mencionar se producen en los países más desarrollados.

Cuadro 2.5. Servicios del Estado del bienestar a las familias

<i>País</i>	<i>Gastos en servicios familiares (% del PIB)</i>	<i>Cobertura de las guarderías públicas (%)</i>	<i>Cobertura de la asistencia domiciliaria (%)</i>
Australia	0,15	2,0	7,0
Canadá	0,08	4,0	2,0
Estados Unidos	0,28	1,0	4,0
Reino Unido	0,48	2,0	9,0
Irlanda	0,06	1,0	3,0
Dinamarca	1,98	48,0	22,0
Finlandia	1,53	22,0	24,0
Noruega	1,31	12,0	16,0
Suecia	2,57	29,0	16,0
Alemania	0,54	3,0	2,0
Austria	0,25	2,0	3,0
Bélgica	0,10	20,0	6,0
España	0,04	3,0	2,0
Francia	0,37	20,0	7,0
Italia	0,08	5,0	1,0
Países bajos	0,57	2,0	8,0
Portugal	0,16	4,0	1,0
Japón	0,27	—	1,0
Regímenes socialdemócratas	1,85	31,0	19,5
Regímenes liberales	0,21	1,9	4,3
Europa continental	0,37	9,2	4,3
Europa meridional	0,09	4,7	1,3
Japón	0,27	—	1,0

— Datos no disponibles

Fuente: Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, a partir de Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 87 y 99.

V. LAS PROHIBICIONES DEL ARTÍCULO 12 CONSTITUCIONAL

El artículo 12 contiene una garantía de igualdad que es consecuencia del carácter democrático y republicano que tiene el Estado mexicano, como lo dispone el artículo 40 constitucional. Su texto es el siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”.

Una de las características de la república, en oposición a lo que sucede en las monarquías, es que no se admite la posibilidad de que haya honores o títulos que se puedan transmitir por vía sanguínea o dinástica; en esa virtud, solamente se pueden reconocer los méritos que se ganen por el esfuerzo de cada uno, con independencia del origen social o familiar que se tenga. Por su parte, el principio democrático supone que nadie puede ejercer algún tipo de poder público si no cuenta con la legitimidad (directa o indirecta, según sea el caso) que otorga el sufragio popular; dicha legitimidad, como es obvio, no existe cuando alguna dignidad se reconoce por el solo hecho de la ascendencia o por razón de nacimiento o linaje.

Hay que recordar que el principio de igualdad en general es una de las grandes banderas del movimiento revolucionario en Francia; y en particular la idea de la igualdad de todos los ciudadanos a efectos de poder gozar de distinciones sociales basadas en el mérito y no en el linaje se alcanza a plasmar con claridad en los textos emanados de la Revolución. Así por ejemplo, el artículo 6o. de la Declaración de 1789 establece que “Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Por su parte, el artículo 3o. de la Constitución francesa de 1795 dispuso que “La igualdad no admite distinción alguna por razón de nacimiento ni herencia alguna de poderes”.

Concretamente, el texto del artículo 12 constitucional establece dos cuestiones distintas: la primera es que en México no se concederán títulos nobiliarios, ni prerrogativas u honores hereditarios; la segunda es que no se reconocerán los que sean otorgados en otros países.

Los títulos nobiliarios o de nobleza, como nos lo indica José Luis Soberanes, se pueden entender como las “mercedes honoríficas que con carácter perpetuo otorgaron los monarcas a ciertos vasallos en recompensa a valiosos servicios prestados a la Corona; ello además implicaba un estatuto jurídico personal privilegiado, por lo cual, las personas poseedoras de un título nobiliario constituían un estamento social”. El mismo autor afirma que en México se dieron títulos nobiliarios durante los dos imperios, pero sobre todo durante el

periodo colonial, en virtud de que México formaba parte entonces de la monarquía española.⁸⁷ Montiel y Duarte, al comentar la disposición contenida en el artículo 12 de la Constitución de 1857, refiere que “Se decía que la nobleza era la superioridad de raza transmitida por nacimiento, que suponía desigualdad natural, social y política, sin consideración al mérito personal”.⁸⁸

En el constitucionalismo histórico mexicano han sido frecuentes las normas que contenían disposiciones semejantes a la del actual artículo 12. Por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución de Apatzingán de 1814, disponía que “Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al Estado. Estos no son títulos comunicables ni hereditarios; y así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado”.

También es interesante lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución de 1857, cuyo texto fue el siguiente: “No hay ni se reconocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Sólo el pueblo, legítimamente representado, puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado o prestaren servicios eminentes a la patria o a la humanidad”.

De los dos artículos transcritos destaca el hecho de que los honores no pueden ser, en México, resultado del simple nacimiento; pero también hacen notar que ello no implica que no se puedan dar reconocimientos por servicios relevantes, con lo cual sí se permite reconocer el mérito que pueda tener una persona por sus actos.

Para dar mayor fuerza a la disposición del artículo 12 constitucional, el propio texto de la Carta Fundamental dispone en el artículo 37, inciso B, fracción I, que la nacionalidad mexicana obtenida por naturalización, se pierde entre otras causas “por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero”. El mismo artículo 37, en su inciso C fracción I, establece que la ciudadanía mexicana se pierde “Por aceptar o utilizar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros”. En el primer supuesto se deja de ser nacional mexicano, mientras que en el segundo se deja de ser ciudadano, pero se conserva la nacionalidad mexicana.

La última parte del artículo 12 dispone que no se reconocerán los títulos de nobleza otorgados por otro Estado, de forma que si alguna persona que tenga uno de esos títulos se interna en el territorio nacional, los mismos no podrán ser tenidos en cuenta para generar ningún efecto jurídico. Esto no significa, sin

⁸⁷ Soberanes, José Luis, “Títulos nobiliarios”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VI, p. 711.

⁸⁸ Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 6a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1998, p. 95.

embargo, que en observancia de las reglas del protocolo internacional, no se pueda dar un trato apropiado a los representantes de Estados monárquicos que vienen a México en visita oficial.

Disposiciones semejantes a las contenidas en el artículo 12 aparecen también en otros textos constitucionales; así, por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de Argentina establece en su primera parte que “La nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza”.

VI. EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL

El texto del artículo 13 constitucional es el siguiente:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Como se puede apreciar de su simple lectura, el artículo 13 contiene varias disposiciones que, en forma de garantías o derechos, se orientan en lo fundamental a proteger el valor de la igualdad. Así lo establece, por ejemplo, la siguiente tesis jurisprudencial:

IGUALDAD. Las garantías previstas en el artículo 13 constitucional la consagran, en el aspecto jurisdiccional, prohibiendo las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros. De la interpretación histórica del artículo 13 constitucional, y particularmente del debate que suscitó el mismo precepto de la Constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscribía la aplicación de “leyes” que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, septiembre de 1997, novena época, pleno, tesis P. CXXXV/97, p. 204.

Para los efectos del análisis del contenido del artículo 13 importa subrayar las siguientes cuatro cuestiones que se desprenden del texto del precepto mencionado: 1) la prohibición de leyes privativas; 2) la prohibición de los tribunales especiales; 3) la regulación de los emolumentos; y 4) la existencia del fuero militar y la delimitación de su alcance.

1. *Leyes privativas*

Uno de los rasgos más típicos de los modernos Estados de derecho es el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, mismo que ya ha sido examinado en este capítulo. Como consecuencia de dicho principio, las leyes deben ser generales y abstractas. No sucede lo mismo con otro tipo de disposiciones jurídicas que —justamente al aplicar las normas generales— generan situaciones jurídicas que afectan a determinadas personas (identificadas en lo individual) y no a otras; los ejemplos típicos de disposiciones jurídicas particulares y concretas son las sentencias y los actos administrativos.

En una primera aproximación se puede decir que la generalidad de la ley se refiere a que sus destinatarios sean indeterminados; dicho concepto se opone al de singularidad entendida como la predeterminación de los destinatarios de la ley. Por su parte, la abstracción se referiría no a los sujetos, sino a las acciones, de forma que sería abstracta una ley que no predeterminara los casos a los que se va a aplicar (por ejemplo, no sería abstracta una ley que contuviera un artículo que estableciera que el tipo penal de homicidio se aplicará a las primeras 200 conductas que caigan en ese supuesto, y no a las subsiguientes).

Algunos autores reúnen los conceptos de generalidad y abstracción en uno sólo y se refieren —para explicarlos— a la generalidad en el espacio y a la generalidad en el tiempo; la primera es la indeterminación subjetiva (por razón de los destinatarios) y la segunda es la indeterminación de las acciones a las que se les aplica la ley (por razón de las conductas).⁸⁹ En este sentido, Carlos de Cabo escribe:

La generalidad es aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados, y las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas. Contiene, pues, dos ingredientes: el de los *sujetos* a quienes va destinada (respecto de los cuales es preferible hablar de determinación genérica más que de indeterminación para evitar la posible asociación con imprecisión) y el de los *sujetos* de hecho o conductas que regula (y que supone la aplicación permanente y

⁸⁹ Al respecto, Montilla Martos, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994, p. 38.

repetitiva a todos los que se ajusten a sus previsiones mientras esté vigente, sin agotarse, por tanto, su cumplimiento).⁹⁰

No hay que confundir sin embargo la generalidad de la ley con la universalidad de sus mandatos.⁹¹ La universalidad tiene que ver con la forma lógica en que está redactado un mandato legislativo; así, será universal si se dirige a todos los individuos que pertenezcan a una determinada clase o que ocupen una determinada posición; para lograr la universalidad, las normas jurídicas suelen utilizar cuantificadores universales en su redacción (“todas las personas tienen derecho a la salud”, “todos los trabajadores tienen derecho a formar un sindicato”, “a nadie se le puede impedir la libre expresión de las ideas”, etcétera). Por su parte, la generalidad tendría que ver con la amplitud abarcativa de las categorías que se eligen para los destinatarios de las normas; de esta forma, será más general una norma que permita que dentro de sus supuestos se encuentre un número amplio de personas, y no será general una norma que, aún utilizando un cuantificador universal de hecho esté haciendo referencia solamente a una persona (por ejemplo si una norma estableciera un tipo especial de impuesto sobre la renta para quienes tuvieran un patrimonio de más de 100,000 millones de pesos, pues todos sabemos que esa cantidad de patrimonio solamente la tiene una persona en todo el país).

La distinción entre universalidad y generalidad es interesante porque añade un elemento cualitativo al entendimiento de la igualdad *en* la ley. De alguna forma, al separar conceptualmente ambos rasgos normativos, podemos someter al legislador a un escrutinio más escrupuloso al momento de evaluar si ha respetado el mandato de igualdad; es decir, se entiende que no basta para atender ese mandato con que el legislador haga normas que identifiquen universalmente a sus destinatarios, sino que además las categorías a las que se aplica la norma deben ser relativamente amplias (no deben referirse, por poner un ejemplo extremo, a “todos los empresarios del ramo textil que vendan pantalones a 150 pesos y tengan su domicilio social en la calle de República de Uruguay”; en este caso la norma sería universal, porque se podría aplicar a “todos” los que reunieran las características que la propia norma describe, pero no sería general si esas características fueran, de hecho, aplicables a un único comerciante).

Hay otro elemento cualitativo que habrá que tener en cuenta al momento de saber si una ley es o no general. Se trata del requisito de que las distinciones que hace el legislador para incluir o no incluir a ciertos supuestos dentro de su

⁹⁰ *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 47. Cursivas del autor.

⁹¹ Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, pp. 6-10.

regulación no estén basadas en criterios prohibidos;⁹² por ejemplo, aunque la norma que estableciera que “todos los fabricantes de ropa que profesen la religión judía deben pagar un impuesto sobre sus ingresos del 20%”, sería sin duda universal (al incluir a todos los sujetos de una determinada clase) y también general (ya que el grupo de fabricantes de ropa que profesan la religión judía es, para efectos del ejemplo, muy amplio), en realidad estaría violando el mandato de igualdad en su vertiente de no discriminación por tomar como criterio fundamental para designar a los destinatarios de la norma el de su religión, que es uno de los criterios prohibidos por el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, según lo pudimos estudiar en los apartados precedentes.

Podemos entonces sostener que los mandatos constitucionales de igualdad en los derechos fundamentales (artículo 1o., párrafo primero), de no discriminación (artículo 1, párrafo tercero) y de generalidad de la ley a través de la prohibición de leyes privativas (artículo 13), significan para el legislador tomar en cuenta que: *a)* las leyes deben utilizar cuantificadores universales para designar a sus destinatarios; *b)* los grupos de destinatarios deben ser relativamente amplios; y *c)* los criterios para distinguir entre las personas a las que la norma está regulando y a las que no entran en su regulación no deben estar prohibidos por el mandato de no discriminación, ya que, como lo señala Francisco J. Laporta, “Sea cual sea el número de seleccionados o clasificados en virtud de las condiciones de aplicación de la norma, si la determinación de éstas obedece a un criterio admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria”.⁹³

En los ordenamientos jurídicos modernos el mandato de que las leyes sean generales puede derivar de forma explícita o implícita del texto constitucional. Un ejemplo del primer caso lo es justamente el artículo 13 de la Constitución mexicana. En el segundo caso se encuentran todos aquellos ordenamientos constitucionales en los que la generalidad deriva directamente del mandato genérico de igualdad ante la ley. En algunos casos, los textos constitucionales precisan la especial importancia de que ciertos tipos de leyes sean generales; por ejemplo, el artículo 103.3 de la Constitución de Alemania dispone que “Nadie podrá ser condenado más de una vez por el mismo acto en virtud de leyes penales *generales*”.

En el ordenamiento constitucional mexicano, el principio de abstracción de la ley tal como ya ha sido definido, se puede desprender —además obviamente de lo que dispone el artículo 13— del inciso F del artículo 72 constitucional, que contiene el principio de autoridad formal de la ley, de acuerdo con el cual

⁹² *Ibidem*, pp. 10-11.

⁹³ *Ibidem*, p. 11.

una ley no puede ser derogada sino siguiendo los mismos pasos que se observaron para su creación, y mientras eso no suceda se seguirá aplicando sin excepción a todos los supuestos que se ajusten a lo que prescribe.

La Suprema Corte ha establecido, en consonancia con algunos de los extremos que se acaban de exponer, que

es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previene, en tanto no sean abrogadas. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988*, primera parte, tribunal pleno, p. 236.⁹⁴

Lo contrario de una ley general es una ley singular, también llamada ley de caso único. Dichas leyes se pueden definir, en palabras del Tribunal Constitucional español, como “aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro” (sentencia 166/1986).

Algunos autores consideran que este tipo de leyes se justifican en los modernos Estados sociales en virtud de que permiten una intervención más directa del Estado sobre algún problema concreto, a la vez que permiten prestar legitimidad a medidas intervencionistas al ser dictadas por el órgano representante del pluralismo político-social dentro del Estado constitucional, como lo es el Parlamento.⁹⁵ José Antonio Montilla resume esta idea en los siguientes términos: “Las disposiciones legislativas de estructura singular, en concreto las que vamos a denominar leyes singulares de intervención, pueden responder a las nuevas necesidades y exigencias como cauce democrático-pluralista de interconexión entre la sociedad y el Estado”.⁹⁶

⁹⁴ En términos parecidos, el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que “Una ley, para responder a su forma interna, tiene que estar formulada abstractamente y ser aplicable a un círculo de personas delimitado con arreglo a criterios generales”, *BverfGE* 12, 81 (96), citado por Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 90.

⁹⁵ Montilla Martos, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 80.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 84. Ver también las observaciones sobre el tema de Asís Roig, Agustín, “La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. I, pp. 169 y ss.

Según otros autores, sin embargo, la generalidad de la ley es en la actualidad más necesaria que nunca para evitar, al menos, lo siguiente: 1) la invasión por el Poder Legislativo de funciones que corresponden a otros poderes (al perder los rasgos de generalidad, la ley se *administrativiza*, pulverizando la distinción clásica entre creación normativa y aplicación normativa); 2) la quiebra de la generalidad puede contribuir a la dispersión normativa y a la “deconstrucción” del ordenamiento, fomentado entre otras cuestiones fenómenos como la “des-codificación”.⁹⁷

Volviendo a la interpretación que nuestros tribunales federales han realizado del artículo 13, cabe señalar que en una tesis jurisprudencial la Corte ha distinguido entre las leyes privativas, prohibidas por el artículo mencionado, y las leyes especiales; su texto es el siguiente:

LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, marzo de 1998, novena época, pleno, tesis P./J, 18/98, p. 7.

Otros criterios interesantes para comprender el sentido de la prohibición de leyes privativas del artículo 13 constitucional, incluso desde un punto de vista histórico, son los siguientes:

LEY PRIVATIVA. Lo es la dictada especialmente para una o varias personas o corporaciones particulares. No tiene ese carácter, la que se refiere a cierta clase de personas, como los propietarios, los fabricantes, los menores, etcétera. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVIII, quinta época, pleno, p. 1029.

⁹⁷ Cabo, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, cit., pp. 57-59.

LEYES PRIVATIVAS. Para interpretar el espíritu del artículo 13 constitucional, que previene que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, debe atenderse a que la facultad de juzgar, en materia civil, se refiere al derecho de la persona, y en materia penal, al derecho de la sociedad; y al establecer la Constitución, la garantía enunciada, se refiere tanto a la materia civil como a la penal. De entenderse que el artículo 13 de la Constitución sólo se refiere a materias penales, se llegaría al error de que el Poder Legislativo invadiera las facultades constitucionales del judicial, puesto que el artículo 21 de la carta federal manda que la imposición de las penas es propia y exclusiva de las autoridades judiciales; y la circunstancia de que una ley, que debe dimanar, como todas las leyes, del Poder Legislativo, impusiera penas, constituiría, a no dudarlo, esa invasión, que resultaría contraria a lo dispuesto por el artículo 13 que, dada su colocación entre los textos constitucionales, indudablemente entraña una prohibición de carácter general, de expedir leyes privativas y de que las autoridades judiciales las puedan aplicar. Además, el artículo 12 constitucional se refiere a la igualdad natural de los hombres, y el 13 a la igualdad ante la ley, que existe tanto en materia civil como en materia penal, y nuestros códigos civiles comienzan, en general, consignando este principio, que dimana del tan repetido artículo 13: “la ley civil es igual para todos”, añadiendo después: “ninguna persona o corporación puede gozar de fueros”, y fuero, según el diccionario, significa: “privilegio, exención concedida a alguna provincia, sociedad o persona”. El artículo 13 garantiza la igualdad ante la ley; no se refiere, en manera alguna, a las garantías relativas a la seguridad personal, a las que deben tener los individuos sujetos a proceso, porque esas garantías están expresamente señaladas en los artículos subsiguientes de la Constitución. Las funciones jurídicas del Estado son de tres órdenes: legislativa, administrativa y jurisdiccional; mediante la primera, formula el derecho objetivo, indica la forma como ha de realizarse; mediante la segunda, crea una situación de derecho subjetivo o condiciona, por un acto individual, el nacimiento de una condición legal; mediante la tercera, hace constar la existencia y la extensión de una regla de derecho, o de una situación de hecho, en caso de violación o contienda, y dispone las medidas necesarias para asegurar el respeto debido a su decisión. La primera función, se lleva a cabo por el Poder Legislativo, que establece reglas u organiza situaciones destinadas a asegurar el cumplimiento de una regla de derecho; pero en el sentido material, sólo es la ley la que tiene el carácter y tiende a la realización del derecho; además, la ley debe tener otros dos caracteres esenciales; los de firmeza y de abstracción; significando, este último, que debe tener en cuenta únicamente su calidad social, su objeto de realización de derecho, con exclusión completa del individuo o persona, sujeto a ese derecho, que aun cuando es el fin de la ley, no debe considerarse de una manera particular, dentro de la misma, y seguramente a los caracteres de generalidad y abstracción, son a los que se refiere el artículo 13 constitucional, al decir que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales y al prohibir los fueros, privilegios o exenciones; derecho individual correlativo de la prohibición para el Estado, de expedir leyes materiales, en la acepción que se le ha dado, de que no reúnan los requisitos de generalidad y abstracción.

Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, quinta época, tercera sala, p. 802.

En el artículo 31 fracción IV de la Constitución se encuentra un término que puede parecer cercano al de la generalidad de las leyes y que, de hecho, también tiene fuertes vínculos con el principio de igualdad: se trata de la exigencia constitucional de la *equidad* para las leyes tributarias. Sobre la cercanía entre igualdad y equidad existe la siguiente tesis jurisprudencial:

EQUIDAD Y GENERALIDAD DE UNA LEY. DIFERENCIAS. Es inexacto que la equidad que exige la ley, signifique que no se esté frente a una ley privativa. En efecto, la interpretación jurídica del artículo 13 de la Constitución conduce a concluir que por leyes privativas deben entenderse aquellas cuyas disposiciones desaparecen después de aplicarse a una hipótesis concreta y determinada de antemano, y que se apliquen en consideración a la especie o la persona, o sea, que carecen de los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe revestir toda norma jurídica. Es decir, que basta con que las disposiciones de un ordenamiento legal tengan vigencia indeterminada, se apliquen a todas las personas que se coloquen dentro de la hipótesis por ellas prevista y que no estén dirigidas a una persona o grupo de personas individualmente determinado, para que la ley satisfaga los mencionados atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad y, por ende, no infrinja lo dispuesto por el artículo 13 constitucional. En cambio, el principio de equidad que debe satisfacer toda norma jurídico-fiscal tiene como elemento esencial el que, con respecto de los destinatarios de la misma, se trate de manera igual a quienes se encuentren en igual situación; el principio de igualdad establecido en la Constitución, tiende a que en condiciones análogas se imponga gravámenes idénticos a los contribuyentes, esto es, que las leyes deben tratar igualmente a los iguales, en iguales circunstancias. De lo anterior, claramente se infiere que no es lo mismo la falta de equidad de una ley, a que ésta sea privativa en los términos del artículo 13 constitucional. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 103-108, primera parte, séptima época, pleno, p. 152.

2. *Tribunales especiales*

La prohibición de que existan tribunales especiales, contenida en el artículo 13, es una manifestación concreta del principio de igualdad, pues pone a todas las personas ante la posibilidad de que sean juzgadas por los mismos órganos, sin que se puedan crear otros para conocer de asuntos determinados. Lo anterior no excluye, sin embargo, que puedan existir tribunales especializados por razón de la materia, siempre y cuando su competencia les permita conocer de todos los casos que se generen precisamente en el ámbito de esa materia, de

acuerdo con las reglas de la competencia jurisdiccional que establezcan las leyes. Como lo sostiene Luis María Díez Picazo,

Parece claro que, en un Estado democrático de derecho, el principio de igualdad ante la ley exige el sometimiento de todos a unos mismos tribunales —o, mejor dicho, a Tribunales de una misma naturaleza—, sin que quepan fueros privilegiados por razón de las condiciones personales o sociales. Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que el legislador, para lograr una más eficaz administración de la justicia, establezca la especialización *ratione materiae* de los tribunales en distintos órdenes (civil, penal, etc.) porque no vulnera el principio de igualdad —todos los litigios de una misma especie, cualesquiera que sean las partes, son resueltos por unos mismos Tribunales— y, sobre todo, porque respeta la idea que late bajo el propio principio de unidad (de la jurisdicción): todos los tribunales deben estar dotados de idénticas garantías...⁹⁸

La jurisprudencia de nuestro Poder Judicial federal ofrece algunas definiciones en torno al concepto de tribunales especiales, corroborando lo que se acaba de decir; son de interés, en este punto, los siguientes criterios:

TRIBUNALES ESPECIALES. Por tribunales especiales se entiende aquellos que se crean exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes; por tanto, no puede considerarse tribunal especial, al juez que se nombre para auxiliar a otro en el despacho de todos los negocios de su competencia. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVII, quinta época, primera sala, p. 1140.

TRIBUNAL ESPECIAL. No puede calificarse así, al tribunal que sin competencia, se avoca el conocimiento de un negocio. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, quinta época, pleno, p. 137.

TRIBUNALES ESPECIALES. No pueden considerarse así, los establecidos por las leyes, para administrar justicia. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, quinta época, pleno, p. 910.

En el derecho constitucional comparado existen muchos ejemplos de normas que no permiten los tribunales especiales. Así por ejemplo, la Constitución española de 1978 señala de forma escueta que “Se prohíben los tribunales de excepción” (artículo 117.6).⁹⁹ La Constitución italiana de 1947 dispone que

⁹⁸ *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, p. 35.

⁹⁹ Al interpretar este precepto, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “la Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en

“No podrán instituirse jueces de excepción ni jueces especiales. Sólo podrán instituirse en el seno de los órganos judiciales secciones especializadas para materias determinadas...”. Este tipo de disposiciones se refuerza con aquellos otros preceptos constitucionales que establecen el “derecho al juez natural”; como ejemplo de las mismas puede citarse de nuevo la Constitución italiana, que establece lo siguiente: “Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la ley” (artículo 25); en el mismo sentido, la Constitución española dispone que “todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...”.

En México este reforzamiento de la prohibición de tribunales especiales se encuentra en el artículo 14 constitucional, en su párrafo segundo, en el que se hace referencia a la existencia de “tribunales previamente establecidos” como requisito para llevar a cabo actos de privación de los bienes que señala el mismo párrafo, cuyo contenido será estudiado en el capítulo cuarto de este libro, correspondiente a los derechos de seguridad jurídica.

3. *Emolumentos*

El artículo 13 dispone que ninguna persona podrá gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos, siempre que estén establecidos en una ley. De esta parte del artículo se desprenden dos cuestiones: la primera es la que tiene que ver con la prohibición de que se perciban emolumentos por motivos distintos a la prestación de un servicio público; la segunda es una forma de expresión del llamado principio de legalidad presupuestaria, mismo que se reitera en diversos preceptos de la Constitución, como enseguida se explica.

Un emolumento, según lo explica el *Diccionario de la Lengua Española*, es la “remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo”. Por tanto, la prohibición constitucional consiste en que no se paguen retribuciones distintas a aquellas que sean producto de un servicio público efectivamente prestado.

El principio de legalidad presupuestaria implica que los pagos que integran el presupuesto público deberán ser realizados conforme a la previa autorización del Poder Legislativo o de alguna de sus cámaras, según lo determine la

cuenta experiencias propias y ajenas... Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado” (STC 199/1987).

propia Constitución. Éste es un elemento central del constitucionalismo moderno, pues busca acabar con los privilegios que tenía la nobleza en el antiguo régimen, en donde se podían obtener ingresos sin realizar servicios públicos, simplemente por la posición que se tuviera dentro de la estructura social. En cambio, es propio de los Estados democráticos que el destino del dinero de los contribuyentes sea determinado justamente por los representantes populares, de forma que se aplique en forma efectiva a la satisfacción de las necesidades de todos.

A pesar de lo dispuesto por el artículo 13, en México ha sido una práctica constante de todos los gobiernos el dar compensaciones fuera de lo presupuestado para servidores públicos de mandos medios y superiores. Dentro del imaginario nacional ha tomado carta de residencia el concepto de “aviador”, para significar a la persona que solamente aparece en una oficina pública el día que hay que cobrar el sueldo, sin desempeñar ninguna tarea que lo justifique. También ha sido una costumbre la utilización de partidas secretas, operadas sobre todo desde la misma Presidencia de la República y sin dejar registros detallados de su uso, a pesar de lo dispuesto por el artículo 74, fracción IV, párrafo tercero, que establece con una redacción excesivamente laxa que “No podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que se consideren necesarias, con ese carácter, en el mismo presupuesto (de Egresos de la Federación); las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del presidente de la República”.

El principio de legalidad presupuestal se encuentra, además de en el artículo 13 que se está analizando, en el artículo 74 fracción IV, párrafos primero y segundo, de acuerdo con los cuales, son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados,

IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior.

El Ejecutivo federal hará llegar a la Cámara la iniciativa de leyes de ingresos y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de noviembre o hasta el día 15 de diciembre cuando inicie su encargo en la fecha prevista por el artículo 83, debiendo comparecer el secretario del despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos.

También se refuerza el mismo principio en virtud de lo que establecen los artículos 75, 126 y 127 de la Constitución, cuyos textos disponen lo siguiente:

Artículo 75. La Cámara de Diputados, al aprobar el Presupuesto de Egresos, no podrá dejar de señalar la retribución que corresponda a un empleo que esté establecido

por la ley; y en caso de que por cualquiera circunstancia se omita fijar dicha remuneración, se entenderá por señalada la que hubiere tenido fijada en el Presupuesto anterior, o en la ley que estableció el empleo.

Artículo 126. No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior.

Artículo 127. El presidente de la República, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los representantes a la Asamblea del Distrito Federal y los demás servidores públicos recibirán una remuneración adecuada e irrenunciable por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, que será determinada anual y equitativamente en los presupuestos de Egresos de la Federación y del Distrito Federal o en los presupuestos de las entidades paraestatales, según corresponda.

La jurisprudencia ha reiterado el sentido del principio de legalidad presupuestal en su vertiente de remuneraciones de los servidores públicos, al sostener que compete establecer dichas remuneraciones a los órganos legislativos, incluso con respecto a los municipios. La tesis a la que se hace referencia es la siguiente:

REMUNERACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPALES. CORRESPONDE ESTABLECERLAS AL PODER LEGISLATIVO AL APROBAR LAS LEYES MUNICIPALES RELATIVAS, CON VISTA AL PRESUPUESTO DE EGRESOS APROBADO POR EL AYUNTAMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De la interpretación sistemática de los artículos 13, 73, fracción VII, 74, fracción IV, 75, 100, 115, 116, 122, 126 y 127 de la Constitución General de la República; y, en especial, de los antecedentes del proceso de reforma del artículo 115 citado, en el año de 1983, se desprende que un principio fundamental de nuestro régimen constitucional es que sólo a los órganos legislativos, en su carácter de representantes populares, compete establecer las remuneraciones de los servidores públicos de la Federación, siendo contrario a la ley fundamental cualquier ingreso que con motivo de la prestación de un servicio, reciba un funcionario público y que no esté aprobado por el Poder Legislativo, de lo que se infiere lógicamente que la disposición contenida en el párrafo final de la fracción IV del artículo 115 constitucional, en el sentido de que “los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles”, no puede interpretarse en el sentido de que ello faculta a éstos a fijar las remuneraciones de sus miembros, sin ningún límite establecido por los órganos legislativos, sino, por el contrario, debe concluirse que debe sujetarse, en primer lugar, al sistema que se deriva del marco establecido, en el aspecto examinado, por la Constitución Federal, y coherentemente, al que la Constitución y las leyes locales prevengan, de acuerdo con aquél, sin que ello implique la afectación a la autonomía muni-

cial, pues ésta, constitucionalmente, se debe entender condicionada a lo que establezcan al respecto dichos ordenamientos. Controversia constitucional 13/95. Ayuntamiento de San Nicolás de los Garza, Nuevo León. 13 de mayo de 1996. Mayoría de siete votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios por estar desempeñando un encargo extraordinario. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Irma Rodríguez Franco. De conformidad con el artículo 44 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la publicación íntegra de la ejecutoria se realizó en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en el volumen correspondiente al mes de junio del presente año. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinte de agosto en curso, aprobó, con el número CIX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis. Nota: Véase la ejecutoria y voto minoritario publicados en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, pp. 394 y 446, respectivamente, novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, septiembre de 1996, tesis P. CIX/96, p. 358.

4. *Fuero militar*

Como ya se ha mencionado, en el artículo 13 constitucional se establece el fuero militar y se determinan los alcances de la jurisdicción castrense.¹⁰⁰ Su texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente:

Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Esta parte del artículo 13 contiene la principal clave que la Constitución nos ofrece para entender las relaciones que existen en México entre el poder militar y el poder civil. Desde luego, dichas relaciones solamente pueden ser cabalmente analizadas a la luz de la experiencia histórica de México, a partir de la cual se advierten las tensiones y cambios que han sufrido, así como los acomodos y reacomodos que se han dado entre ambos poderes. Para comprender dicho desarrollo histórico conviene aportar al menos las siguientes reflexiones.

¹⁰⁰ Para la interpretación de este artículo es fundamental remitirse a la importante obra de Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, OUP, 2002.

Luego de los años de lucha revolucionaria es obvio que los militares tuvieron una completa preponderancia en el Congreso Constituyente. Muchos de los diputados constituyentes fueron ellos mismos militares en ejercicio. Otros más, desde afuera de las sesiones celebradas en el Teatro de la República de la Ciudad de Querétaro, vigilaron y “tutelaron” los trabajos y discusiones de los convencionistas constituyentes. De hecho, el primer presidente de la República que gobernó bajo la nueva Constitución fue el propio Venustiano Carranza, quien a los pocos años sería asesinado por alguno de sus opositores. Luego de un breve interinato de Adolfo de la Huerta, llegó a la presidencia de la República otro general: Álvaro Obregón, quien también sería asesinado años después.¹⁰¹

En esos años, la posibilidad de gobernar eficazmente sobre todo el territorio mexicano era prácticamente nula, lo que propició el surgimiento de diversos cacicazgos locales que se mantenían en el poder por la fuerza de las armas. Fueron varios los militares que, durante la segunda y tercera décadas del siglo XX, se aliaron con los poderes económicos regionales para satisfacer sus intereses personales y crear lo que sería una oligarquía gobernante que permanecería en el poder por muchos años. Octavio Paz ha descrito con las siguientes palabras la situación imperante en ese entonces:

Aunque la recién adoptada Constitución (1917) preveía la transmisión pacífica del poder por medio de elecciones democráticas, la realidad era muy distinta: los partidos políticos no existían y el país estaba regido por la dictadura revolucionaria, es decir, por la dictadura de los caudillos militares de la Revolución. La lucha entre las facciones nunca fue democrática: no era el número de votos sino el de soldados y fusiles lo que daba la supremacía política.¹⁰²

La posición preponderante del ejército en esos años se demuestra con dos datos muy relevantes: *a)* entre 1920 y 1933 el 32% del total del gasto público se destina a las fuerzas armadas;¹⁰³ y *b)* durante el gobierno de Carranza, 28% de los puestos del gabinete es ocupado por militares; esa misma cifra asciende al 48% en el gobierno de De la Huerta y al 59% con Obregón; luego comienza a bajar progresivamente.

¹⁰¹ Meyer, Lorenzo, *La segunda muerte de la Revolución mexicana*, México, Cal y Arena, 1992, pp. 46 y ss. Ver también Serrano, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, en Cavarozzi, Marcelo (coord.), *México en el desfiladero. Los años de Salinas*, México, Juan Pablos Editor, FLACSO, 1997, pp. 124 y ss.

¹⁰² *Obras completas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, t. 8, p. 281.

¹⁰³ Carbonell, José, *El fin de las certezas autoritarias*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 26.

Los pasos definitivos para sujetar el poder militar a los dictados del poder civil se dan en la década de los años cuarenta: el sector militar desaparece dentro del PRI y un civil llega a la Presidencia de la República, la cual ya no volverá a ser ocupada, hasta nuestros días, por elementos militares. A partir de entonces la presencia y la influencia de los militares en la vida pública va decreciendo;¹⁰⁴ la jerarquía militar se refugia en sus tareas de rutina y disciplina internas y se dedica a vivir una especie de “retiro dorado”, pues se les dota de los fondos económicos suficientes para disfrutar de un estilo de vida muy superior al del resto de la población.

El periodo que va de 1940 a 1968 está marcado por una importante tranquilidad social y, en lo fundamental, por una continuidad política:¹⁰⁵ los militares son separados definitivamente del poder político y el régimen consolida su independencia funcional respecto a las instituciones armadas.

En 1968, sin embargo, la tranquilidad de las décadas precedentes comienza a cambiar como resultado de una intensa movilización social encabeza por un sector del sindicalismo disidente y por los estudiantes de las universidades públicas. Las movilizaciones son contestadas desde el poder con actos de represión llevados a cabo en franca violación del derecho nacional e internacional. La matanza de estudiantes realizada en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco marca un punto de quiebra en las relaciones entre el régimen político y la sociedad mexicana. A partir de ese entonces, se generan al menos un par de consecuencias: A) el gobierno debe apoyarse cada vez más en la fuerza de las armas para mantener el orden público, y B) una parte de la juventud disidente explora la vía de la guerrilla armada para intentar hacer detonar al régimen. Ambas circunstancias dan como resultado un aumento en espiral de la violencia y la represión, y una vuelta del poder militar a la escena política. Dicha vuelta se ve recompensada desde el poder civil con una serie de promociones en la graduación militar, así como con el incremento del gasto de defensa y el aumento del número de efectivos, que entre 1973 y 1977 pasa de 60 mil a 90 mil, para saltar en 1992 hasta los 175 mil.¹⁰⁶

Es en 1994 cuando se produce un nuevo salto en la historia nacional y, en particular, en el papel del Ejército. El 1o. de enero de ese año se produce el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el cual es

¹⁰⁴ Serrano, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, *cit.*, pp. 126 y 127.

¹⁰⁵ No deja de ser sorprendente la estabilidad social de esos años, a pesar de que la situación social mostraba un importante deterioro; la explicación de las causas de dicha tranquilidad puede verse en Aguilar Camín, Héctor, *Después del milagro*, México, Cal y Arena, 1998, pp. 218 y ss.

¹⁰⁶ Serrano, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, *cit.*, p. 138, nota 51 y p. 140.

contestado, en los primeros días, con una fuerte ofensiva armada por parte del ejército mexicano. A partir de entonces la presencia militar en zonas con cierta inestabilidad social (en los estados de Guerrero, Oaxaca y Chiapas) aumenta vertiginosamente y el mismo incremento se produce en el correspondiente gasto militar. La presencia de guerrilla se multiplica en varios puntos de la República y el gobierno le encarga a las fuerzas armadas las tareas represivas y persecutorias.

Las fuerzas armadas comienzan, desde principios de la década de los noventa, a asumir tareas de seguridad pública; se instalan puntos de revisión en carreteras y estaciones de transportes; la lucha contra el narcotráfico es emprendida coordinadamente por las autoridades civiles y las militares (lo que supone la asunción de tareas de seguridad pública por parte de personal militar).

El involucramiento de las fuerzas armadas en las tareas de persecución y lucha contra el narcotráfico ha tenido influencias muy negativas, pues las ha sometido al riesgo —nada teórico en México, como se sabe— de la corrupción.¹⁰⁷

Lo que se tiene entonces en los primeros años del siglo XXI en cuanto a las fuerzas armadas en México es lo siguiente: *a)* una subordinación clara del poder militar al poder civil; *b)* un aumento importante del gasto militar en comparación con el de décadas anteriores; *c)* la asunción de tareas de seguridad pública por parte de las instituciones armadas; *d)* como consecuencia en parte del punto anterior, la colonización de los militares sobre los cargos civiles en materia de procuración de justicia y seguridad pública.¹⁰⁸

Regresando al análisis del texto constitucional, hay que decir que de la parte transcrita del artículo 13 vale la pena comentar varios aspectos.

En primer término, el artículo 13 constitucional contiene la *garantía institucional* del fuero de guerra. Durante los trabajos del Congreso Constituyente de Querétaro no todos los diputados estuvieron de acuerdo con dicho fuero; algunos sugirieron que debía funcionar solamente cuando el país estuviera en estado de guerra.¹⁰⁹ Con todo, el artículo que se comenta fue aprobado por el voto a favor de 122 diputados y tuvo 61 votos en contra.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹⁰⁸ En el gobierno del presidente Vicente Fox (2000-2006) la Procuraduría General de la República está encabezada por un militar con licencia.

¹⁰⁹ Ver al respecto, Ovalle Favela, José, “Artículo 13”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, t. I, p. 159; para los antecedentes históricos, Schoeder Cordero, Francisco A., “Fuero militar”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 1758-1761.

La doctrina suele reconocer pacíficamente que la jurisdicción militar no es de tipo especial o de excepción (y en ese sentido no se le podría asimilar correctamente a un “fuero”, pese a la terminología que utiliza el propio artículo 13), sino de carácter especializado por razón de materia.¹¹⁰

Un segundo aspecto que cabe destacar del artículo 13 es el relativo al criterio para delimitar los alcances de la jurisdicción militar. Se trata de un criterio mixto, en tanto combina los elementos personales con los materiales; es decir, por una parte, el artículo 13 establece, por razón de persona, que ningún civil puede ser juzgado por un tribunal militar, y por otra determina, desde el punto de vista material, que este tipo de tribunales podrán conocer solamente “de los delitos y faltas contra la disciplina militar”.¹¹¹

La interpretación que los tribunales federales han realizado del artículo 13 arroja entre otras las siguientes tesis jurisprudenciales:

FUERO. Su prohibición en el artículo 13 constitucional implica la proscripción de jurisdicciones o esferas competenciales distintas, en función de la situación social de determinada persona o corporación. No obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación. En efecto, al establecer el artículo 13 constitucional la subsistencia del fuero de guerra, en tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, se refiere a la aplicación, en estos supuestos, de leyes distintas por tribunales militares. De esta forma no debe existir, fuera del ámbito militar, ningún tribunal distinto de los ordinarios que privilegie a determinada persona o corporación. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, septiembre de 1997, novena época, pleno, tesis P. CXXXVI/97, p. 204.

FUERO MILITAR, COMPETENCIA DEL. El artículo 13 de la Constitución Federal declara subsistente el fuero de guerra, para los delitos y faltas contra la disciplina militar cometidos por militares, y el artículo 57 del Código de Justicia Militar dispone, en su fracción II, inciso a), que los delitos del orden común y federal afectan a la disciplina militar, cuando concurren las circunstancias que expresa el precepto, y, entre ellas, que hayan sido cometidos por militares, en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. II, parte SCJN, quinta época, pleno, tesis 164, p. 94.

¹¹⁰ Ovalle Favela, José, “Artículo 13”, *cit.*, p. 160; en el mismo sentido, Soberanes, José Luis, “Fuero”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, *cit.*, p. 1756.

¹¹¹ Ver las observaciones de García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 759 y ss.

FUERO DE GUERRA. Para interpretar debidamente el artículo 13 de la Constitución General, debe atenderse tanto a su redacción como a sus antecedentes históricos y a las condiciones sociales reinantes cuando dicho precepto se expidió. Atendiendo a los antecedentes históricos, se ve que el fuero militar, hasta antes de la independencia de nuestro país, no se limitaba a la jurisdicción concedida a tribunales especiales para juzgar a miembros del Ejército, sino que comprendía un conjunto de preceptos que establecían privilegios y exenciones, tanto en materia criminal como en materia civil, en favor de los militares y aun de los miembros de sus familias. Consumada la independencia, como cada uno de los miembros políticos que le sucedieron y que tendieron a la organización del país, estuvo apoyado por medio de las armas, de ahí se originó el que la situación del Ejército continuara siendo preponderante, lo cual tuvo por resultado que la Constitución de 1824 dejara subsistentes los fueros de la militancia, hasta que los constituyentes de 1857, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que uno de los principales responsables de las perturbaciones del país, había sido el Ejército pusieron fin a sus privilegios, estableciendo en el artículo 13 de la Constitución, que subsistía el fuero de guerra sólo para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar, dejando a las leyes secundarias el trabajo de fijar con claridad, los casos de esta excepción. De esta manera se consideraron que el fuero de guerra no constituía ya un privilegio; pero como no obstante, la actuación del Ejército continuó siendo opresora de la libertad, puesto que su organización misma estaba basada en el reclutamiento forzoso, el sentimiento de hostilidad general contra esta institución no desapareció, y, al contrario, se exacerbó por la conducta observada por el mismo Ejército, durante el gobierno del general Victoria no Huerta; lo que trajo por consecuencia que la revolución triunfante, procurara la absoluta desaparición del fuero militar, temiendo que cualesquiera que fueran las atenuaciones que se hicieran al sistema entonces establecido, resurgiera el antiguo militarismo. Existía por tanto, una impresión general desfavorable para las instituciones militares, en cuanto representan abuso de fuerza o situación privilegiada de alguna clase, por lo cual, los constituyentes de 1917 no creyeron bastante la redacción del artículo 13 de la Constitución de 1857, y lo reformaron en el sentido de que: “subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrá extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar, estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”. La comparación entre los preceptos concordantes de las Constituciones de 1857 y 1917, ponen de relieve la marcada tendencia a restringir, hasta casi hacerlo desaparecer, el fuero de guerra, y si se le tolera en la actualidad, es porque se juzga necesario para mantener la disciplina en el Ejército, opinión que no es unánime. De acuerdo con el texto de la Constitución vigente, para que el fuero de guerra subsista, se necesitan dos condiciones: que se haya cometido un delito militar, según características que la ley señala, y que el que lo haya cometido un miembro del Ejército, pero puede suceder que en un delito militar estén complicados paisanos, y entonces se ofrecían al legislador constituyente tres caminos para

establecer la competencia: I, concederla a los tribunales militares; II, concederla a los tribunales civiles y, III, concederla a unos y otros, simultáneamente, para que los primeros juzgaran a los militares y los segundos a los paisanos; pero estudiando el artículo 13 constitucional, se deduce que no se optó por el primer camino, puesto que terminantemente se expresa que los tribunales militares en ningún caso podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército; ni tampoco por la tercera vía, porque estando en pugna con la doctrina universalmente reconocida, de que en ningún procedimiento judicial es conveniente que se divida la continenencia de la causa, la circunstancia de que el artículo 13 no lo mande expresamente, bastaría por sí sola para hacer inaplicable tal práctica, puesto que las leyes que establecen excepciones generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes; más aún, el simple análisis de las expresiones gramaticales del artículo que se comentan, lleva a esta deducción, pues dice: cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso de la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la palabra complicado, sólo puede connotar, en la materia de que se trata, la idea de concurrencia de responsables diversos en la comisión de un delito; pluralidad de responsables que es precisamente la que determina ese tercer caso en que puede encontrarse un delito militar, y que viene indicar que el legislador sí lo tuvo en cuenta para establecer la competencia y que optó por el segundo de los caminos antes enunciados, estableciendo que debe ser la autoridad civil quien ha de conocer del proceso. Existe en el mismo artículo 13, otra palabra cuyo empleo viene en apoyo de las ideas expuestas y es la palabra caso; éste significa, en el lenguaje ordinario, suceso, acontecimiento, asunto que se propone a alguno para consultarle y oír su opinión, y el lenguaje forense, en la legislación española, se llama “caso de Corte”, la causa civil o criminal que, por sus condiciones jurídicas, podía radicarse, desde luego, ante determinado tribunal, aun sacándola de su fuero o del domicilio de los litigantes. Dados estos antecedentes, tal palabra en el artículo 13 constitucional, no puede tener otra significación que la de acontecimiento originador del hecho delictuoso, del que debe conocer la autoridad civil, según ordena el citado precepto y no la de la responsabilidad del delincuente. La interpretación aceptada por la Corte, en alguna ejecutoria, sobre que los tribunales militares debían de conocer del proceso que se instruyera a los miembros del Ejército y los civiles del que se abriera contra los paisanos, por razón del mismo delito militar, está en pugna con el principio de derecho, de la no división de la continencia de la causa, que tiende a evitar que, por razón de un mismo caso jurídico, se dicten dos fallos contradictorios. Ciertamente es que el Código Federal de Procedimientos Civiles, no permite la acumulación de procesos, si se trata de diversos fueros, la que sólo puede llevarse a cabo cuando todo se encuentran en estado de instrucción; pero cuando el Constituyente, precisamente para no dar lugar a la división de la continencia, designó a las autoridades civiles para conocer de los procesos militares en que están inodados paisanos, no hay motivo alguno para que se sigan distintos procedimientos. De no aceptarse esta teoría, se imputarían al Constituyente las siguientes faltas: I, desconocimiento del lenguaje, por no haber usado con pro-

piedad las palabras complicado y caso; II, faltas de previsión, por no establecer una regla para cuando los delitos del orden militar fueren cometidos conjuntamente por paisanos y militares; III, redundancia, al establecer, en la parte final de artículo 13, el mandato sobre que los tribunales militares no son competentes para juzgar a los paisanos y IV, repudiación de la teoría legal de la no división y IV, repudiación de la teoría legal de la no división de la continencia de la causa. En virtud debe concluirse: que ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un paisano, las autoridades del fuero de guerra juzgarán a los miembros del Ejército y las autoridades civiles al paisano; y por tanto, son las autoridades civiles quienes deben de conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos; pero debe advertirse que el conocimiento corresponde a los jueces civiles, con el simple carácter de auxiliares de la justicia federal, porque tratándose de la aplicación de leyes militares, que tiene el carácter de leyes federales, a los jueces de distrito corresponde el conocimiento del proceso, según lo dispone la fracción III del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XL, quinta época, pleno, p. 1393.

Esta última tesis es muy relevante, puesto que aborda el tema de la división de competencias cuando se comete un delito en el que se encuentran involucrados tanto militares como civiles. En este punto la jurisprudencia ha sido oscilante, pero la doctrina ha señalado enfáticamente la pertinencia de mantener el criterio que se acaba de transcribir y, en consecuencia, de no separar las causas en que se juzga a militares y civiles entre la jurisdicción castrense y la jurisdicción ordinaria; lo correcto es remitir todo el caso a los jueces ordinarios, puesto que de lo contrario se podría llegar “al absurdo de que se dicten, para un mismo caso, sentencias contradictorias por los tribunales ordinarios y los tribunales militares”.¹¹² Así ha sido entendido por alguna otra tesis jurisprudencial que se refiere a la continencia de la causa, para efecto de evitar el absurdo mencionado; se trata de la siguiente:

ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. El espíritu de esta disposición, en cuanto previene que cuando en un delito o falta del orden militar, estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda, es que un mismo tribunal resuelva sobre la responsabilidad de los paisanos y de los militares, a fin de que no se divida la continencia de la causa; por lo que, aun cuando en el curso de la averiguación no se formulen conclusiones acusatorias contra los paisanos, debe continuar

¹¹² Ovalle Favela, José, “Artículo 13”, *cit.*

conociendo del proceso el juez civil, hasta fallar para que aquella continencia subsista. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, quinta época, pleno, p. 913.

En alguna tesis aislada, nuestros tribunales han extendido indebidamente el concepto de “militar”, al entender que también lo son quienes estando adscritos administrativamente a la Secretaría de la Defensa Nacional son comisionados para desempeñar tareas dentro de la Policía Federal Preventiva. Se trata del siguiente criterio:

MILITARES, DELITOS COMETIDOS POR, COMISIONADOS A LA POLICÍA FEDERAL PREVENTIVA. Si un militar, en términos de los artículos 21 constitucional, párrafos penúltimo y último, y 10 de la Ley de la Policía Federal Preventiva, es comisionado para desempeñar un servicio en la Policía Federal Preventiva y en coordinación con el Sistema Nacional de Seguridad Pública, pero al realizar tal servicio comete un delito, debe entenderse que ese hecho criminoso lo realiza al estar en servicio y con motivo de actos de servicio militar como el artículo 57 del código castrense lo prevé, puesto que técnicamente depende del cuerpo de policía militar y administrativamente de la Secretaría de la Defensa Nacional. Novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, tesis I.2o.P.56 P, p. 1294.

Este criterio no parece muy correcto, pues su aplicación podría conllevar que cualquier militar que estuviera comisionado, realizando de hecho funciones distintas a la castrense, pudiera beneficiarse del privilegio del fuero militar, quebrando de manera importante el principio de igualdad ante la ley. Como ya se ha dicho, debe atenderse al criterio material de la acción para saber si un militar está en ejercicio de sus funciones (y es por tanto sujeto del fuero militar). Si esa acción tiene relación directa con el desempeño de su tarea como militar, entonces le será aplicable el fuero castrense; pero si una persona, siendo militar, se ve involucrado en algún hecho que esté fuera de sus tareas como tal, no tiene ningún sentido enviarlo a los tribunales militares, toda vez que el fuero militar, en tanto supone una excepción al principio de igualdad, debe ser interpretado de manera restringida para ser acorde con el sentido del artículo 13 constitucional.

Preceptos parecidos al artículo 13 de la Constitución mexicana se encuentran en varias Constituciones de otros países. Por ejemplo, la Constitución española de 1978 dispone, en su artículo 117 apartado 5, que “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito es-

trictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.¹¹³

El Tribunal Constitucional español ha sostenido varios criterios interpretativos sobre este artículo de gran interés. Ha dicho, entre otras cosas, que “Resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al ámbito castrense. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, en la legislación correspondiente”;¹¹⁴ “De la lectura del artículo 117.5 de la Constitución resulta que la jurisdicción militar es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria. No basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que lo justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen”;¹¹⁵ “Dado que la jurisdicción militar sólo puede operar en el ‘ámbito estrictamente castrense’ (dejando aparte el supuesto de estado de sitio) es evidente que las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquél ámbito y corresponde sólo a la jurisdicción ordinaria resolver entre ellas”.¹¹⁶

VII. LA IGUALDAD EN SENTIDO SUSTANCIAL

Dentro del análisis de los diferentes tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad deben mencionarse aquellos que regulan mandatos de igualdad sustancial, también llamada igualdad real o de hecho. De acuerdo con este tipo de normas, los poderes públicos deben remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa;¹¹⁷ para su aplicación conviene identificar previa-

¹¹³ Para el análisis de este precepto ver Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en Bidart Campos, Germán J. y Palomino Manchego, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Lima, Grijley, 1997, pp. 131 y ss., y López Ramón, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, pp. 2547 y ss.

¹¹⁴ Sentencias 7/1982 y 4/1990.

¹¹⁵ Sentencia 75/1982.

¹¹⁶ Sentencia 54/1983. Ver también, sobre el tema, Díez Picazo, Luis María, *El régimen constitucional del Poder Judicial*, cit., pp. 37-41.

¹¹⁷ Sobre las acciones positivas, de entre lo poco que se ha escrito al respecto en México, Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario*

mente a los grupos que, dentro de cada sociedad, se encuentran en situación de vulnerabilidad, respecto de los cuales se tendrán que tomar medidas de promoción y de especial protección.

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que impida que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto a las personas de raza blanca.

La cuestión interesante para el derecho constitucional es si por medio de normas jurídicas se pueden y se deben revertir esas desigualdades o si el ordenamiento jurídico se debe limitar a prohibir cualquier forma de discriminación por medio de previsión de igualdad formal. En el fondo, lo que late en este tema es un interrogante más amplio sobre el papel del derecho en las sociedades modernas: ¿el derecho debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para modelar esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?, es decir, ¿el derecho tiene la capacidad para servir como un motor de transformación social sin por ello dejar de servir a los valores que le dan legitimidad?

Para quienes sostienen la pertinencia de avanzar hacia esquemas de igualdad sustancial o real a través de las normas jurídicas las preguntas anteriores tienen una respuesta clara: el derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estaría perpetuando el *status quo* y negando con ello el sentido mismo de la igualdad tal como ha sido entendido por lo menos desde Aristóteles.

Llegados a este punto la cuestión lejos de simplificarse parece complicarse a cada paso. Muy bien. Supongamos que el derecho debe servir no solamente pa-

ra decirnos que todos somos iguales, sino también para *hacernos* más iguales. ¿Cómo lograr ese objetivo sin afectar a otros bienes de rango constitucional? ¿cómo lograr la igualdad partiendo de reconocer que no todos somos iguales? ¿si es verdad que no todos somos iguales, qué desigualdades debemos tomar en cuenta para efecto de perseguir por medio de las normas jurídicas una mayor igualdad social? En concreto, ¿podemos tomar en cuenta alguno de los rasgos incluidos en el mandato de no discriminación para efecto de corregir desigualdades?, es decir, ¿podemos utilizar el criterio del sexo de una persona o la raza para construir un supuesto normativo que haga más iguales a quienes son mujeres o tienen la piel de X o Y color? ¿y si aceptamos esos rasgos como válidos para efectos de un tratamiento normativo diferenciado podemos también aceptar el criterio de las preferencias sexuales o el de las creencias religiosas y crear un sistema de protección especial para los homosexuales o para los practicantes del shintoísmo?

Como puede apreciarse, no son cuestiones sencillas. Sin embargo, parece que hay al menos dos ideas claras que son difíciles de refutar: la primera que es si defendemos que el ordenamiento trate por igual a todos es probable que quienes tengan más recursos acaben disfrutando de un trato igual y quienes tengan menos acaben, de hecho, sufriendo profundas discriminaciones, aunque no estén basadas en los criterios bajo los que la norma permite distinguir entre las personas. La segunda idea es que, aceptando que el mandato de igualdad puede requerir de medidas especiales para corregir desigualdades de hecho, tenemos que crear esquemas que permitan avanzar hacia una mayor igualdad sin destruir las bases mismas de esa igualdad, es decir, sin generar nuevas discriminaciones.

Para intentar lograr lo anterior se han creado diversos esquemas. En las páginas siguientes vamos a detenernos en tres cuestiones sobre los que la teoría jurídica y social contemporánea ha debatido intensamente en los últimos años. Me refiero al sentido y posibilidad de las acciones positivas, a las cuotas electorales por razón de género (que son una especie del género de las acciones positivas) y a la renta básica, que es un mecanismo distinto, más amplio y con implicaciones económicas notables, para lograr la igualdad de hecho.

1. *Las acciones positivas*

Aunque, como acabamos de señalar, la discusión sobre la igualdad sustancial es muy intensa, lo cierto es que no son pocos los ordenamientos constitucionales contemporáneos que contienen mandatos que obligan a los poderes públicos a tomar medidas positivas y acciones diversas para alcanzar una igualdad de ese tipo.

Dentro del género de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad sustancial se pueden identificar al menos dos distintos modelos de preceptos; unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana.¹¹⁸ Entre los segundos está el polémico agregado de 1999 al artículo 30. de la Constitución francesa, que ha dado lugar a importantes cambios en la legislación electoral de ese país; el texto en cuestión dispone que “La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al artículo 40. de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 30. dentro de las condiciones que establezca la ley.

Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas acciones positivas, una de cuyas manifestaciones concretas son las cuotas electorales de género a las que haremos referencia en uno de los apartados siguientes.

La acción positiva puede definirse como “el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado... se caracteriza principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales”.¹¹⁹

Algunos autores distinguen entre las acciones positivas y las medidas de igualación positiva. Estas últimas se pueden definir como “los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individual-

¹¹⁸ Artículo 9.2 de la Constitución española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Artículo 3 párrafo segundo de la Constitución italiana: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

¹¹⁹ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 62.

mente la determinan".¹²⁰ Ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas, etcétera. El objetivo de las acciones positivas es la igualdad real entre los grupos sociales, mientras que el de las medidas de igualación positiva es lograr la igualdad real entre los sujetos de los derechos fundamentales, considerados en forma individual.

Dentro de las acciones positivas se puede distinguir entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.¹²¹ Las primeras buscarían favorecer al valor de la igualdad sustancial a través de medidas de igualación que permitan remover los obstáculos que impiden a los miembros de grupos discriminados llegar a procesos de selección social (escuela, trabajo, acceso a servicios sanitarios, etcétera), en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Las segundas son concretamente las cuotas que se reservan a diversos grupos discriminados para alcanzar bienes sociales escasos (lugares en la universidad, puestos públicos, listas electorales, etcétera).

Las acciones positivas moderadas están enfocadas a conseguir objetivos (*goals*), mientras que las medidas de discriminación inversa tienen metas menos flexibles, expresadas frecuentemente como porcentajes de las cuotas para los bienes sociales que ya se han mencionado.

Al tratar el tema de las acciones positivas Ronald Dworkin formula las dos preguntas más importantes que se deben contestar tanto desde la teoría de la justicia (o desde el ámbito de la filosofía política) como desde la teoría del derecho. Las dos preguntas son: ¿las acciones positivas son justas?, y ¿las acciones positivas logran sus objetivos (es decir, son eficaces)?¹²² Para responder a la primera pregunta debemos aportar elementos axiológicos, que nos permitan argumentar que las acciones tienen encaje en una Constitución que protege los derechos fundamentales de todos de la mejor manera posible. La segunda pregunta parte de premisas utilitarias; si las acciones positivas no consiguen su objetivo no serían legítimas ya que pondrían en peligro o al menos en tensión un bien de rango constitucional (la igualdad formal) a cambio de nada. Habrá pues que estar en capacidad de responder a las dos cuestiones planteadas por Dworkin si queremos sostener la legitimidad constitucional de las acciones positivas.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 58.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 75 y ss. Ver también Rey Martínez, *La discriminación por razón de sexo...*, *cit.*, pp. 83 y ss.

¹²² A contestar estas dos preguntas se dedican los capítulos 11 y 12 de su libro *Virtud soberana*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 419 y ss.

Sobre los problemas éticos o axiológicos que presentan las acciones afirmativas conviene recordar un párrafo muy ilustrativo de uno de los más brillantes constitucionalistas de los Estados Unidos, que recogía a finales de la década de los años setenta del siglo XX una preocupación muy extendida entre los analistas del tema en los siguientes términos:¹²³

La “discriminación inversa” en favor de una minoría racial o de otro tipo plantea un difícil problema ético. Si, por una parte, hemos de tener siquiera la oportunidad de curar a nuestra sociedad de la enfermedad del racismo, necesitaremos muchos más miembros de los grupos minoritarios en las profesiones y en los estratos más altos de la sociedad. Y cualquiera que sea el conjunto de razones para ello, no parece probable que esto suceda en el futuro próximo a menos de que tomemos su condición de minorías en cuenta y la ponderemos positivamente cuando asignamos las oportunidades. Pero independientemente del nombre que le demos —preferencia, cuota, búsqueda de la diversidad— el ponderar afirmativamente a los negros, por ejemplo, significa necesariamente que se negará a otros las oportunidades en cuestión por no ser negros de nacimiento. Confieso, por consiguiente, que tengo problemas para comprender el lugar de la indignación moral en cualquiera de los dos lados de este desgarrador dilema moral.

Al estudiar la legitimidad de las acciones positivas en el derecho constitucional de los Estados Unidos, Dworkin nos ofrece también una interesante reflexión sobre los alcances que le podemos dar a la cláusula de igual protección (o de igual trato) prevista en la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de 1787 o en el artículo 1o. de nuestro texto constitucional de 1917. Así por ejemplo, Dworkin afirma que

La cláusula de la igual protección no resulta violada cuando algún grupo ha sido derrotado en una decisión importante de acuerdo a los méritos de su posición o a través de la política, sino cuando la derrota es un efecto de su especial vulnerabilidad al prejuicio, la hostilidad o los estereotipos y su consecuente situación disminuida —su ciudadanía de segunda clase— en la comunidad política. La cláusula mencionada no garantiza a cada ciudadano que vaya a beneficiarse de igual modo con cada decisión política; sólo le garantiza que va a ser tratado como un igual —con igualdad de consideración y respeto— en el proceso político y las deliberaciones que producen dichas consecuencias.¹²⁴

¹²³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 204 y 205.

¹²⁴ *Virtud soberana*, cit., p. 451.

Es decir, según Dworkin debemos atender no solamente a las consecuencias de una ley o de una política pública sobre el igual trato, sino también a las intenciones de quienes las emitieron. Pero intentando ser objetivos, los tribunales deben atender más bien a los resultados que a las intenciones, que en el funcionamiento de los Estados modernos no son siempre fácilmente apreciadas.

En Estados Unidos los tribunales han procedido de la siguiente manera al enjuiciar si una ley o una política pública podrían vulnerar la cláusula de la Enmienda Décimocuarta:

Dichos órganos someten todas las decisiones políticas cuestionadas en el terreno de la protección equitativa a una clasificación inicial. Si una decisión conlleva desventajas para lo que la Corte Suprema ha denominado una “clase sospechosa” —una clase, de acuerdo con una famosa definición, que “lleva una carga de discapacidades, o está sujeta a una historia de tratamiento desigual intencional o es relegada a una posición de debilidad política como para dirigir una protección extraordinaria por parte del proceso político mayoritario”—, la decisión debe ser entonces sometida a un “escrutinio estricto”. Esto implica que debe ser rechazada por violar la cláusula de la igual protección a menos que pueda demostrarse que las desventajas mencionadas resultan esenciales para proteger algún interés gubernamental “concluyente”. Pero si aquellos a quienes la ley perjudica no constituyen una clase “sospechosa” —si sólo son miembros de un negocio o una profesión particular determinada o residentes de un área particular y no son diferentes de sus conciudadanos en algún aspecto históricamente asociado con la hostilidad o el prejuicio—, entonces esa ley debe ser sometida sólo a un escrutinio “relajado”: es constitucional a menos que pueda demostrarse que no sirve en absoluto a ningún propósito o fin.¹²⁵

Normalmente, el escrutinio estricto es fatal, porque ninguna medida legislativa o administrativa es capaz de superarlo, mientras que el “escrutinio relajado” no es en verdad un escrutinio, ya que a cualquier medida se le puede encontrar una finalidad que la justifique, por nimia que sea.¹²⁶

¿Pueden los jueces aplicar el razonamiento de los niveles de escrutinio a las acciones positivas? Y, en caso afirmativo, ¿de qué manera deben hacerlo? Dworkin rechaza que los niveles de escrutinio sean una buena técnica para el enjuiciamiento constitucional de las acciones positivas,¹²⁷ si bien reconoce que en la práctica han sido aplicadas por la Corte Suprema, aunque introduciendo

¹²⁵ *Ibidem*, p. 453. Los traductores del libro de Dworkin eligieron el término “interés concluyente” para traducir la expresión en inglés *compelling interest*; quizá no se trate de la mejor traducción.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 454.

algunos matices. Así por ejemplo, la Corte ha resuelto algunos casos considerando que las acciones afirmativas podían ser sometidas a un “escrutinio intermedio”, según el cual debía justificarse que una medida de discriminación inversa servía a un “interés importante”, pero no a un “interés concluyente”.¹²⁸ ¿Cuál podría ser un ejemplo de “interés importante”?

Dworkin dirige la mayor parte de su exposición a justificar las medidas de acción positiva utilizadas para el ingreso de estudiantes de raza negra en las universidades.¹²⁹ Para nuestro autor, el interés importante que justificaría esas medidas estaría, en primer lugar, en la diversidad estudiantil que debe existir en los *campus* universitarios, de modo que los estudiantes tengan como compañeros a personas que reflejen de alguna manera el pluralismo de la sociedad norteamericana;¹³⁰ pero también existiría ese interés importante en un sentido más institucional: se trataría de corregir la ausencia de personas de raza negra en posiciones importantes en el gobierno, la política, los negocios y las profesiones, corrección que solamente se puede realizar si esas personas ingresan en las universidades. La existencia de ese interés vendría acreditada por una cuestión de hecho:

Uno de los problemas más graves de la sociedad norteamericana —dice Dworkin— es la estratificación racial *de facto* que ha excluido de forma considerable a los negros y a los miembros de otras minorías de los puestos más altos del poder, la riqueza y el prestigio; la discriminación racial del pasado, así como el círculo vicioso que priva a los niños negros de contar con líderes de éxito de dicha raza como referentes para imitar, ha contribuido sustancialmente a esa estratificación.¹³¹

El debate norteamericano sobre el tema se desarrolló en los términos que, de forma muy resumida, acabamos de plantear.¹³² Pero la justificación de las ac-

¹²⁸ *Ibidem*, p. 455.

¹²⁹ Este es un tema que ha interesado a Dworkin desde hace muchos años y al que había dedicado uno de los capítulos de su libro *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, cap. 9, pp. 327 y ss.

¹³⁰ Dworkin apunta: “las universidades norteamericanas se han propuesto conseguir que las clases sean diversas en varias formas. Esas instituciones han supuesto, de modo plausible, que los estudiantes estarán mejor equipados para la vida comercial y profesional, así como mejor preparados para actuar como buenos ciudadanos en una democracia pluralista, si han trabajado e interactuado con compañeros de diferente contexto geográfico, clase económica, religión, cultura y, sobre todo ahora, raza”, *Virtud soberana*, cit., p. 441.

¹³¹ *Virtud soberana*, cit., p. 467.

¹³² No se trata sin embargo de una cuestión que en los Estados Unidos esté cerrada. La Suprema Corte de ese país tiene pendientes algunos pronunciamientos cruciales para el futuro de las acciones positivas.

ciones positivas en otros contextos constitucionales pueden darse por vías distintas. Por ejemplo en nuestro sistema jurídico debemos considerar cuestiones más generales. Siguiendo la exposición de Pérez Portilla y Giménez Gluck, las acciones positivas deben reunir los tres siguientes requisitos para poder ser aceptadas dentro de un Estado constitucional como el mexicano:¹³³

a) Deben ser temporales, es decir, se mantienen en vigor mientras subsista la situación de discriminación que las originó. Una vez superada esa situación de inferioridad, infravaloración o, en general, de sujeción, las acciones pierden su sentido y su legitimidad constitucional.

b) Los rasgos que las originan deben ser transparentes e inmodificables (es decir, no deben depender, o al menos no en todos los casos, de la voluntad de las personas de que se trata).

c) La finalidad debe ser proporcional; el juicio de proporcionalidad es uno de los más arduos de realizar por los órganos de la jurisdicción constitucional y uno de los que permiten dictar sentencias más decisionistas a los jueces.¹³⁴ ¿Cuándo una medida de discriminación inversa es proporcional?, ¿en qué momento deja de serlo y se convierte en una pura y simple discriminación, violando de esa forma el texto constitucional? De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, que adopta su criterio con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales de España y Alemania,

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de estos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto

¹³³ Pérez Portilla, Karla, "Acciones positivas", *cit.*, p. 4; Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *cit.*, pp. 37 y ss. Ver también la exposición de Kemelmajer, quien señala que para considerar legítima constitucionalmente una medida de discriminación inversa se debe probar: a) la existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidades; b) motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar; c) la proporcionalidad de la medida, acreditando que es el medio menos agresivo para lograr el fin perseguido; d) transitoriedad y reversibilidad de la medida; y e) incidencia en las causas de la discriminación original y no solamente en el resultado; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las acciones positivas", en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, *cit.*, pp. 257-260.

¹³⁴ Sobre el principio de proporcionalidad el mejor texto que se ha publicado en español es, hasta donde tengo información, el de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.¹³⁵

La utilización de las medidas de discriminación inversa (las cuotas, por ejemplo) debe ser subsidiaria con respecto a otros mecanismos que también tienden a lograr la igualdad real; es decir, deben ser utilizadas como un último recurso y siempre que no sea posible lograr el mismo efecto por medio de otras medidas menos extremas.¹³⁶ Al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una norma o una medida que incorpore acciones positivas, este aspecto puede verificarse mediante el “juicio de indispensabilidad”.¹³⁷

Por lo que hace a la utilidad de las acciones positivas, es decir, a la segunda de las preguntas planteadas por Dworkin, la evidencia de los resultados de las acciones positivas solamente se puede recabar en aquellos países que llevan un periodo de tiempo más o menos largo aplicándolas. No es el caso de México, en donde, como lo explicaremos con detalle más adelante, apenas se están comenzando a implementar las primeras acciones positivas, en forma de cuotas electorales de género (puestas en funcionamiento por vez primera en las elecciones federales de julio del 2003).

Dworkin demuestra la utilidad de las acciones positivas con base en un estudio realizado por William G. Bowen y Derek Bok —quienes fueron rectores de Princeton y Harvard— en el que se analiza una enorme base de datos en la que se da seguimiento a estudiantes norteamericanos en la segunda mitad del siglo XX. A partir de ese estudio, Dworkin va deshaciendo las principales objeciones que se suelen esgrimir en contra de las cuotas en favor de los estudiantes negros en las universidades. Uno de esos prejuicios consiste en sostener que el sistema de cuotas permite la admisión de pésimos estudiantes; los resultados demuestran lo contrario, ya que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas en 1989 presentan mejores resultados que el total de estudiantes admitidos en 1951, además de que los estudiantes admitidos por el sistema de cuotas que han llegado a graduarse han tenido un éxito profesional bastante apreciable y, en todo caso, semejante al de los graduados de raza blanca.¹³⁸

Otro prejuicio frecuente consiste en pensar que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas “desperdician” la oportunidad que se les ofrece y que estarían mejor en instituciones menos exigentes. Las evidencias empíricas

¹³⁵ Sentencia C-022 de 1996 citada por Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad...”, *cit.*, p. 58, nota al pie 27.

¹³⁶ Rey Martínez, Fernando, *La discriminación por razón de sexo...*, *cit.*, p. 86.

¹³⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de la igualdad...”, *cit.*, p. 67.

¹³⁸ *Virtud soberana*, *cit.*, pp. 426 y 427.

provenientes del estudio de Bowen y Bok parecen sugerir lo contrario: la mayoría de estudiantes negros dijeron sentirse muy satisfechos con su experiencia universitaria.¹³⁹

Otros prejuicios sostienen que las cuotas crean hostilidad en los *campus* universitarios, al instalar en ellos a personas que no tienen los méritos suficientes con independencia de su raza o bien que con las cuotas se insulta a las personas de raza negra al suponer que necesitan una ayuda para poder acceder en igualdad de condiciones con los blancos a las universidades. Uno a uno, el estudio de Bowen y Bok hace caer esos mitos.

Los datos permiten concluir a Dworkin que el sistema de cuotas universitarias ha sido un éxito en Estados Unidos y que no habría razón para abandonarlo; es más, se calcula que si los programas universitarios de cuotas para personas de raza negra se abandonaran, el número de estudiantes negros en las aulas de las universidades más prestigiosas y exigentes bajaría entre un 50 y un 75%.¹⁴⁰ Para Dworkin, “De acuerdo con la que constituye la mejor evidencia disponible, por tanto, la discriminación positiva no resulta contraproducente. Al contrario, parece tener un éxito extraordinario. Tampoco es injusta, ya que no viola ningún derecho individual ni compromete ningún principio moral”.¹⁴¹

Antes de terminar esta introducción al tema de la igualdad sustancial y a las acciones afirmativas, conviene mencionar que, como consecuencia de su discutible encaje en el constitucionalismo moderno y de no pocos prejuicios y malos entendidos, existen en algunas Constituciones prohibiciones expresas para tales acciones. Jon Elster advierte que la inclusión de esas prohibiciones estuvo fundada en profundos prejuicios de las mayorías constituyentes hacia las minorías étnicas que habitan en Bulgaria, Rumania y Eslovaquia. Elster explica en un párrafo que vale la pena transcribir esta problemática:¹⁴²

Todas las Constituciones de la región [se refiere Elster a Europa Central y Oriental] incluyen cláusulas que prohíben la discriminación (negativa) por motivos de raza, nacionalidad, origen étnico, sexo, religión y muchos otros motivos similares. Pero tres de ellas —las de Bulgaria, Rumania y Eslovaquia— contienen también prohibiciones explícitas respecto de la discriminación inversa o positiva, es decir la acción afirmativa. En el documento rumano la prohibición sólo abarca la discriminación inversa por motivos étnicos. Bulgaria y Eslovaquia trataron al menos de satisfacer la restricción de imperfección al extender el impedimento de la discriminación posi-

¹³⁹ *Ibidem*, p. 430.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 436.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 446.

¹⁴² Elster, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Elster, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 136.

tiva a *todos* los criterios que se enumeran en las prohibiciones sobre discriminación negativa. Y sin embargo también en estos países las cláusulas se deben a los prejuicios de una mayoría étnica en la asamblea constituyente contra varias minorías. Los sesgos contra las minorías étnicas hubieran sido aún más fuertes si en los procesos de elaboración no hubiesen intervenido delegados del Consejo de Europa. El primer borrador de la Constitución rumana, por ejemplo, contenía una prohibición aparentemente imparcial de los partidos de base étnica que estaba directamente dirigida contra la numerosa minoría húngara.

Cabe precisar que en el texto de la Constitución mexicana no existe una cláusula de igualdad material, como las que se han referido.¹⁴³ Por eso, conviene —tal como se ha hecho en las páginas anteriores— tener presentes los argumentos necesarios para justificar la existencia de acciones positivas en aquellos ordenamientos jurídicos cuya Constitución no contiene ese tipo de cláusulas. Por otro lado, criterios muy parecidos se aplican a aquellos países que sí cuentan con esas disposiciones ya que las acciones positivas normalmente son cuestionadas ante los respectivos tribunales constitucionales para el efecto de que se determine si son o no razonables y si tienen, en consecuencia, cobertura constitucional, o bien si violan el principio de no discriminación.

Hay que mencionar que, aunque no es una regla seguida de forma unánime por todas las jurisdicciones constitucionales, en el caso de los Estados Unidos su Suprema Corte ha admitido en muchas de sus sentencias la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, a pesar de que en su texto constitucional no aparece ninguna cláusula de igualdad material.¹⁴⁴ El estudio detenido de la jurisprudencia norteamericana sobre el tema excede con creces el propósito de este libro; de todas formas, recomiendo que el lector que quiera profundizar en la cuestión tome en cuenta la jurisprudencia norteamericana, que es muy iluminadora, en éste como en tantos otros aspectos.¹⁴⁵

¹⁴³ Aunque hay que añadir que algunos pronunciamientos jurisprudenciales hacen uso del concepto de igualdad sustancial o real; por ejemplo, en una tesis en la que se analiza el principio de equidad tributaria, la Corte sostiene lo siguiente: “El principio de equidad no implica la necesidad de que los sujetos se encuentren, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, *sin perjuicio del deber de los poderes públicos de procurar la igualdad real*, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 198, pp. 240 y 241 (cursivas añadidas).

¹⁴⁴ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 47.

¹⁴⁵ Para un primer acercamiento a los casos más emblemáticos, Kemelmajer, Aída, “Las acciones positivas”, cit., pp. 261 y ss.

De distinta manera han sido recibidas las acciones positivas en Francia y en Italia. En ambos casos, como se menciona más adelante, el Consejo Constitucional y la *Corte Costituzionale* han declarado la inconstitucionalidad de leyes que establecían cuotas electorales en favor de las mujeres (lo cual ha llevado, en el caso de Francia, a introducir una reforma constitucional para permitir las “políticas de paridad” en materia electoral).

También en el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido importantes decisiones sobre las acciones positivas, que han generado intensos debates sobre el sentido de esas acciones y sobre sus posibilidades de generar consecuencias deseables en el plano del principio de igualdad.¹⁴⁶ Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia europea pudiera haberse mostrado vacilante en algunos casos, a partir de la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales la pertinencia de las cuotas electorales parece admitida; en efecto, el artículo 23 de la Carta dispone que

La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, incluso en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

A partir de ese precepto se puede sostener que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas de acción positiva, destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, incluyendo aquellas que tienen que ver con la representación política.

Como se puede ver, los debates en torno a las acciones positivas han estado presentes en muchos contextos del constitucionalismo contemporáneo. Prácticamente en ningún país se han podido introducir sin que hayan sido llevadas ante la correspondiente jurisdicción constitucional. Los tribunales han realizado una gran tarea interpretativa y también, hay que decirlo, creadora en esta materia. En la mayor parte de los casos han asumido actitudes progresistas y han construido argumentaciones jurídicas que, apoyándose de forma más o menos explícita en el marco constitucional, han permitido sostener la legítimi-

¹⁴⁶ Las etapas centrales de la jurisprudencia europea sobre las acciones positivas han estado marcadas por las decisiones Kalanke y Marshall; sobre el tema, Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 71 y ss., y Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 119 y ss.

dad de las acciones positivas, aunque no sin serios reparos por algunos de sus miembros o por sectores importantes de la academia.

2. Las cuotas electorales de género

Las cuotas electorales por razón de género son una especie dentro del concepto más amplio de las acciones afirmativas o acciones positivas. Tales cuotas son la reserva que hace normalmente la ley electoral y excepcionalmente la Constitución para que ningún género pueda tener más de un determinado porcentaje de representantes en los órganos legislativos. Para algunos autores, las cuotas electorales de género forman parte de las medidas de “discriminación inversa”, que a su vez serían una variedad específica de las acciones positivas ya mencionadas.¹⁴⁷

Así, por ejemplo, se puede establecer una representación asegurada mínima para cada género de un 30% de escaños, al prohibir que un sólo género tenga más del 70% de los lugares disponibles; a este tipo de cuota de género se le puede llamar de “representación umbral”, en tanto que no registra con exactitud el porcentaje de hombres y mujeres que existen —normalmente— en las sociedades contemporáneas, sino que, de manera más simple, se limita a asegurar para cada género un *umbral mínimo* de representación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirma que “Las investigaciones realizadas demuestran que si su participación (se refiere a las mujeres, MC) alcanza entre el 30 y el 35% (que por lo general se califica de ‘masa crítica’), entonces puede tener verdaderas repercusiones en el estilo político y en el contenido de las decisiones y la renovación de la vida política”.¹⁴⁸

Distinto es el caso de las cuotas que establecen 50% de escaños para cada género; en este caso se trata de un caso de las llamadas “cuotas duras”, que más que pretender una “representación umbral”, buscan la identidad de los géneros en la repartición de escaños, al establecer una medida lo más parecida posible al porcentaje efectivo de población de hombres y mujeres.

Las cuotas electorales de género surgen a partir de la constatación del bajo índice de mujeres que acceden a cargos públicos representativos. El promedio mundial de parlamentarias en el mundo ronda el 12%; en Europa se ubica sobre el 15%, pero en los países árabes apenas es significativo. En México dicho por-

¹⁴⁷ Rey Martínez, Fernando, *La discriminación por razón de sexo...*, cit., pp. 84 y 85.

¹⁴⁸ Recomendación General núm. 23, adoptada en su 16o. periodo de sesiones, en 1997, párrafo 16; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 675 y ss.

centaje alcanzó el 16% en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000). Es en este contexto histórico y político concreto en el que surge la discusión sobre las cuotas de género, las cuales sin duda alguna forman parte de la agenda pública de muchos países, incluyendo desde luego a nuestro país.¹⁴⁹

A. Las razones a favor y en contra de las cuotas electorales de género

Las cuotas electorales de género, como en general las acciones afirmativas, han producido un debate muy intenso en la teoría constitucional de los últimos años. Los argumentos a favor y en contra de las cuotas parecen irreductibles y los distintos puntos de vista mantienen posiciones diametralmente opuestas.

Los argumentos que con mayor frecuencia se suelen esgrimir contra las cuotas electorales de género son los siguientes:¹⁵⁰

1. Las cuotas violan el principio de igualdad. Los críticos de las cuotas consideran que vulneran el principio de igualdad al no respetar las mismas oportunidades de acceso a puestos representativos para los hombres y las mujeres; para este punto de vista, todos los seres humanos deberían ser tratados de la misma forma y la distribución de recursos que implicaran una visión de la justicia social se debería realizar sin atender a cuestiones de género. La respuesta para esta objeción es que el principio de igualdad no puede considerarse como simetría absoluta y que la idea de una igualdad puramente formal, que no atendiera a las discriminaciones que de hecho existen en nuestras sociedades, acabaría conculcando el objetivo de alcanzar una sociedad justa. Lo cierto, además, es que con las cuotas se intenta reparar una *probabilidad objetiva* que pesa en contra de las mujeres, de acuerdo con la cual —según lo demuestran las estadísticas— la posibilidad real que tienen de acceder a cargos representativos es notablemente menor que la que tienen los hombres; como afirma Fernando Rey Martínez: “La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores) y la más primaria, porque

¹⁴⁹ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “La representación democrática de las mujeres”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 283 y ss.

¹⁵⁰ Sigo la exposición de Aguiar, Fernando, “A favor de las cuotas femeninas”, *Claves de Razón Rráctica*, Madrid, núm. 116, octubre de 2001.

siempre se añade a todas las demás”.¹⁵¹ En este contexto, se puede concluir que las cuotas, más que vulnerar el principio de igualdad, en realidad lo afianzan, en la medida en que lo hacen real, ya que impiden una consolidada y permanente discriminación por razón de sexo en contra de las mujeres.

2. Las cuotas no son neutrales y usan un criterio prohibido para diferenciar entre las personas, como lo es el sexo. Esta crítica parte del supuesto de que el derecho y las actividades estatales deben ser neutrales con respecto a algunas características de las personas, como lo pueden ser el sexo, la raza, el origen étnico o nacional, entre otros. La realidad, sin embargo, es que esa neutralidad no existe en la práctica y que los grupos vulnerables o discriminados lo son en buena medida porque no existen incentivos sociales o institucionales que les ofrezcan competir en igualdad de oportunidades con otras personas. Además, las sociedades actuales no son neutrales con relación al género, entendiendo por tal el rol que socialmente se asigna a los hombres y a las mujeres; de esta forma, las mujeres desempeñan roles asociados a la vida privada (cuidado de niños y ancianos, mantenimiento del hogar, etcétera) y los hombres asumen roles en la vida pública (el tema de los roles sociales para efectos de la discriminación por razón de sexo ha sido abordado en el caso *Stanton v. Stanton* fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1975 y ha vuelto aparecer en los casos *Craig v. Boren* de 1976, *Califano v. Wescott* de 1979 y *Orr v. Orr* del mismo año, entre otros). Esta separación de ámbitos de actuación ha supuesto para las mujeres una relegación importante en el campo político, que es justamente lo que tratan de evitar las cuotas electorales. Se podría decir que tal vez las cuotas no son neutrales con respecto al sexo, pero sí respecto al género.
3. Las cuotas son paternalistas. Los críticos de las cuotas afirman que se trata de medidas que consideran a las mujeres como seres indefensos o como menores de edad, que necesitan de la ayuda del ordenamiento jurídico para poder competir con los hombres. En realidad, sucede aproximadamente lo contrario, es decir, porque se considera que las mujeres son igual o más capaces que los hombres para desempeñar cualquier cargo público es por lo que se crean las cuotas, que como se dijo, tienden a disminuir una *probabilidad objetiva* que opera actualmente contra las mujeres. Las cuotas no se crean porque se piense que las mujeres tienen menos méritos, sino porque las relaciones de poder realmente existentes en nuestras so-

¹⁵¹ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, cit.*, p. 1.

ciedades les impiden aplicar esos méritos en las instituciones representativas.

4. Las cuotas no respetan los criterios de mérito. Se afirma por sus críticos que las cuotas no toman en cuenta el mérito de las personas, sino simplemente su sexo a la hora de distribuir las posibilidades de acceder a cargos públicos electivos. La respuesta a esta objeción es que el mérito, siendo sin duda importante, no puede ser el único criterio para la distribución de beneficios sociales. Puede suceder incluso que el mérito sea un criterio injusto si la situación de partida de dos personas o de dos grupos no es equitativa. A la crítica del mérito se suele acompañar el argumento de que las mujeres ya han logrado avanzar mucho en los distintos ámbitos públicos y que es solamente una cuestión de tiempo para que tengan mayor presencia en los parlamentos y cámaras legislativas; en realidad, los datos demuestran que incluso en sociedades en donde la emancipación de las mujeres se realizó hace muchos años, los cambios siguen sin producirse y la diferencia entre hombres y mujeres sigue siendo muy importante (Francia es el mejor ejemplo).

Por otro lado, es importante señalar que en materia política los méritos son más difícilmente medibles que en otros campos, pues no hay criterios objetivos que nos puedan indicar si una persona será o no un buen representante popular. Además, si el mérito ha sido hasta ahora el criterio con el que se han integrado los órganos públicos, habría que empezar a cuestionarlo a la vista de los pobres resultados que ha generado y del desencanto que la gente tiene sobre sus representantes populares. La evaluación de los méritos que actualmente hacen nuestras sociedades puede y debe ser cuestionada, pues en muchos aspectos es obvio que no está dando buenos resultados. En relación al criterio de mérito, Elena Beltrán afirma que

Es difícil la defensa, desde un punto de vista moral, de la idea de que alguien merece una posición particular porque está cualificado desde un punto de vista objetivo, si pensamos en el mérito como una construcción social que refleja una serie de factores sobre los cuales el individuo no tiene control, como el talento, el entorno familiar, la educación recibida, los recursos económicos o la socialización en los roles de género.¹⁵²

¹⁵² Beltrán, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 236.

La justificación de las cuotas electorales de género procede, según Alfonso Ruiz Miguel, de dos tipos de razones:

en cuanto al fin, las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración; en cuanto al medio, facilitar el acceso a puestos socialmente importantes puede ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, si no de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión... ofreciendo nuevos modelos de *rol* más igualitarios para las generaciones más jóvenes.¹⁵³

Sobre la justificación de las cuotas, 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”.¹⁵⁴

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 sexuadas”, 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 sólo 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.¹⁵⁵

Por lo que hace al derecho comparado se puede ver que, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana y el Consejo Constitucional francés se han pronunciado por la inconstitucionalidad de las cuotas cuando las leyes electorales que las preveían fueron impugnadas; en el caso francés, se tuvo incluso que reformar la Constitución de 1958 para poder darles cobertura constitucional. Re-

¹⁵³ Ruiz Miguel, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto de 1999, p. 48.

¹⁵⁴ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 89.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 92.

cientemente, algunas comunidades autónomas españolas también han introducido cuotas de género en sus leyes electorales, las cuales han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional.

En América Latina, las cuotas han sido consideradas constitucionales al menos por la Suprema Corte de Justicia de México (ver el apartado que sigue) y por la Corte Constitucional de Colombia. Esta última sostuvo tres argumentos en favor de las cuotas que vale la pena consignar, toda vez que refuerzan algunos de los que ya se han mencionado:

1. A pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y la masculina calificada para acceder a los más altos niveles decisorios, tal equilibrio no se refleja en la efectiva representación de uno y otro en dichos niveles.
2. Que la precaria representación de la mujer obedece a un criterio irracional de discriminación, más que a supuestos factores de inferioridad natural o de formación cultural y académica, lo demuestra de modo contundente el hecho de que en la carrera administrativa, cuyos cargos se proveen por el sistema de méritos, la representación de la mujer llega incluso a sobrepasar a la del hombre.
3. Es necesario remover los obstáculos presentes que impiden la participación de la mujer con medidas que produzcan un doble efecto: uno inmediato, consistente en paliar la subrepresentación; y otro a más largo plazo, que incida en la transformación de la mentalidad, incompatible con los propósitos trazados por una Constitución igualitaria y democrática. Hay que recordar que las cuotas fueron establecidas en Colombia por mandato de la Ley 581 de 2000.

B. Las cuotas electorales en México

En México, las cuotas electorales de género se han establecido en algunos códigos electorales de las entidades federativas y a nivel federal en el COFIPE. Vale la pena mencionar que el tema de la constitucionalidad de las cuotas fue examinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la acción de inconstitucionalidad 2/2002, que fue promovida por el Partido Acción Nacional contra las reformas que las introdujeron en el Código Electoral del Estado de Coahuila. En su sentencia, la SCJN considera que las cuotas no son inconstitucionales, si bien su argumentación no es muy amplia.

Luego de esa sentencia, fueron publicadas las reformas al COFIPE (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de junio de 2002) para introducir las cuotas

electorales de género en el ámbito federal. Concretamente, se reformaron los artículos 4.1, 38.1, 175.3 y 269.3 y se adicionaron los artículos 175-A, 175-B y 175-C; también se derogó por la misma reforma el artículo vigésimo segundo transitorio, tal como estaba a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de noviembre de 1996.

De acuerdo con esa nueva regulación, “es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular” (artículo 4.1); los partidos políticos tienen la obligación de “garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones en las oportunidades políticas” (artículo 38.1 inciso S), por lo que “promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento (el COFIPE), la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y hombres en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional” (artículo 175.3). Para lograr ese propósito, “De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, en ningún caso incluirán más del setenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género” (artículo 175-A).

En consecuencia con lo anterior, se crea un sistema de “listas cremallera” para evitar que, cumpliendo con el porcentaje establecido en el artículo 175-A, los partidos terminen relegando a las mujeres a los peores sitios de las listas electorales; en este sentido, el COFIPE establece que “Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas. En cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. Lo anterior sin perjuicio de los mayores avances que en esta materia señale la normatividad interna y los procedimientos de cada partido”. Este esquema de listas cremallera es importante, ya que como señala Alfonso Ruiz Miguel,

el simple establecimiento de una reserva porcentual o cuota que garantice una cierta presencia de candidatas femeninas podría ser una propuesta funcionalmente ineficiente si no se garantizara además una cierta reserva en la ordenación o colocación de tales candidaturas... de modo que los lugares con posibilidades reales de elección no queden predispuestos fundamentalmente para varones.¹⁵⁶

¹⁵⁶ “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *cit.*, pp. 48 y 49.

El COFIPE prevé también la consecuencia jurídica para el caso de que los partidos no respeten los señalamientos que se acaban de mencionar respecto a las cuotas (artículo 175-C); si los partidos no cumplen con los artículos 175-A y 175-B, el Consejo General del IFE les requerirá para que en un plazo de 48 horas a partir de la notificación rectifiquen la solicitud de registro; si no proceden a tal rectificación, el IFE les impondrá una amonestación pública y les dará un nuevo plazo, de 24 horas, para que hagan la corrección; si no se hace en ese tiempo, el IFE sancionará al partido correspondiente con la negativa del registro de las candidaturas de que se trate. Estas reglas no se aplicarán para las candidaturas de mayoría relativa que hayan resultado de un proceso de elección interna mediante voto directo.

La reforma al COFIPE, como se mencionaba, deroga el artículo 22 transitorio, cuyo texto proviene de las modificaciones al propio ordenamiento de noviembre de 1996; su texto era el siguiente: “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de la mujer”.

El artículo segundo transitorio del decreto de reforma al COFIPE que se está comentando contiene una disposición curiosa, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en los artículos 175-A, 175-B y 175-C se aplicará por lo menos para la celebración de los cinco procesos electorales federales siguientes a la entrada en vigor del presente decreto”.

La redacción un tanto confusa no permite advertir fácilmente las consecuencias normativas que pueden extraerse de este artículo. Quizá la intención del legislador fue incorporar un componente de temporalidad, que es algo que ha estado muy presente en todo el debate alrededor de las acciones afirmativas; es decir, dichas acciones tienen sentido durante el tiempo en que persiste la discriminación hacia los grupos en situación de vulnerabilidad, pero cuando dicha discriminación cesa ya no tiene sentido mantener las acciones afirmativas.

La necesaria temporalidad de las acciones afirmativas es algo que aparece en varias sentencias de los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre el tema (por ejemplo, en la sentencia 128/1987 del Tribunal Constitucional español, en la que se habla de que las acciones afirmativas deben someterse a “revisión periódica” para comprobar la pervivencia de la discriminación que las originó; también aparece el elemento temporal en la sentencia *Johnson v. Santa Clara County* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dictada en

marzo de 1987 a propósito de acciones afirmativas para mujeres en el ámbito de las contrataciones en el sector público).¹⁵⁷

Sin embargo, la regulación actual del COFIPE no se dirige claramente a los fines señalados, puesto que establece una temporalidad mínima, que no tiene sentido tal como está redactada, ya que no puede servir para limitar las futuras decisiones que sobre el mismo tema tome el propio Poder Legislativo; para decirlo en otras palabras, ¿qué sucedería con esa norma si dentro de un par de años decide el Congreso de la Unión derogarla? Hubiera sido quizá mejor redactar de otra forma la cláusula de temporalidad; por ejemplo previendo la obligación de generar informes sobre la persistencia de bajos porcentajes de candidatas en las listas electorales, que podría rendir el IFE ante el Congreso de la Unión o de alguna otra manera.

En cualquier caso y dejando de lado la redacción del COFIPE, interesa subrayar que las cuotas, como en general las acciones afirmativas, deben ser medidas temporales, que se justifican mientras dura la situación discriminatoria que quieren combatir, pero que pierden su sentido si esa situación ha dejado de existir.

La primera aplicación de la nueva normatividad electoral en materia de cuotas electorales se hizo en las elecciones federales de julio de 2003. De acuerdo con la información estadística disponible, el efecto de la reforma legislativa fue muy positivo, pues el porcentaje de candidatas propuestas por los partidos subió de forma espectacular.¹⁵⁸ En las candidaturas de mayoría relativa los partidos han aumentado el número de mujeres candidatas, pero sobre todo en los puestos de suplentes, lo cual no es muy correcto, aunque sea jurídicamente indiscutible. En los puestos de representación proporcional, tal como lo indica la normatividad a la que ya hemos hecho referencia, la presencia de mujeres aumentó significativamente en los puestos de titularidad. Los datos demuestran, pues, que las cuotas sí pueden tener un impacto a corto plazo en el número de mujeres legisladoras.

¹⁵⁷ Ver también, en el apartado siguiente, el contenido del artículo 4.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer.

¹⁵⁸ Los datos y porcentajes concretos pueden verse en Fernández Poncela, Anna M., "Candidatas, cuotas y mujeres", *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003, pp. 22-25.

C. Las cuotas y el derecho internacional de los derechos humanos

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en su 37o. periodo de sesiones, 1989)¹⁵⁹ señala que

el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetue la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (párrafo 10).

En sentido parecido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su Recomendación General número 5 (sobre medidas especiales temporales, adoptada en su 7o. periodo de sesiones, 1988),¹⁶⁰ recomienda que los Estados partes de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (entre los que se encuentra México) “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Esta recomendación encuentra sustento en el artículo 4.1 de la propia Convención, que dispone lo siguiente:

La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

¹⁵⁹ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 422 y ss.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 641 y 642.

Se puede también recordar, ya no en referencia a las cuotas electorales, sino más en general sobre todo tipo de medidas de acción positiva, que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad señala que

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación (artículo 1.2.B).

Al tenor de la normativa que se acaba de mencionar podemos concluir que no hay duda de que el derecho internacional de los derechos humanos acepta perfectamente la existencia de medidas de acción positiva, incluyendo las cuotas electorales; es más, la puesta en práctica de tales medidas es obligatoria para los Estados en orden a proteger a los sujetos más vulnerables de la sociedad (mujeres, minorías etno-culturales y personas con discapacidad, entre otros). Por tanto, aunque en la Constitución mexicana no contemos con una cláusula de igualdad sustancial como las que tienen otros textos constitucionales, la implementación de acciones positivas en forma de cuotas se puede derivar directamente del texto de los tratados internacionales; tanto de los que ya se han mencionado como de otros a los que haremos referencia en los capítulos siguientes.¹⁶¹

3. *El derecho a la renta básica*

Aunque no se trata de un derecho que esté previsto por la Constitución mexicana, considero importante abordar el tema del derecho a la renta básica para ilustrar los mecanismos posibles que la teoría social contemporánea ha propuesto para afianzar en la realidad el principio de igualdad. Este tipo de derechos, en caso de que algún día lleguen a consagrarse en los ordenamientos constitucionales, supondrán un desarrollo de las ideas y valores que busca proteger la igualdad entendida en sentido sustancial.

¹⁶¹ *Cfr.*, sobre todo, el capítulo quinto dedicado al análisis de los derechos sociales, en donde tendremos oportunidad de detenernos con mayor detalle en los derechos de las personas con discapacidad y donde también analizaremos los derechos de los menores de edad y de los adultos mayores.

La renta básica (RB, en lo sucesivo) es la asignación económica que se otorga a todas las personas que habitan dentro de un determinado territorio por el sólo hecho de haber nacido o de estar en él; sus notas principales son la incondicionalidad y la (al menos tendencial) universalidad. Daniel Raventós la define como “un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva”;¹⁶² a partir de esta definición y tomando como base su carácter incondicional se puede afirmar que la RB es un derecho de todo miembro de la sociedad, reconocido incluso *a)* si no quiere trabajar de forma remunerada; *b)* sin tomar en cuenta si es pobre o rico, es decir, sin importar si tiene o no otros ingresos; y *c)* sin importar con quien conviva.¹⁶³

Su denominación es variable entre los diversos autores que han estudiado el tema, los que también la llaman renta de ciudadanía, ingreso ciudadano, ingreso mínimo, subsidio universal garantizado, ingreso básico, etcétera.

Se trata de una temática que en general en América Latina y en particular en México ha sido poco explorada. En otros países, sin embargo, el debate sobre la RB se inició hace ya varios años.

En los últimos tiempos el tema de la RB ha salido de los pasillos y aulas universitarias para entrar en la escena política. Algunos partidos han incorporado a sus programas electorales la propuesta de crear, con diversas variantes, una RB para sus respectivos países. Se trata de un tema que, de forma paulatina, han ido haciendo suyo organizaciones sociales de todo tipo.

Creo que en América Latina el tema tiene un interés añadido, puesto que en la región la solidez de las prestaciones sociales ha estado ausente en nuestra historia reciente, pero sobre todo porque el actual escenario económico y social incrementa la vulnerabilidad de grupos importantes de personas, que se enfrentan con igual impotencia a los excesos de una globalización ingobernada y de una burocracia arbitraria y en buena medida corrupta.

La RB, entre otros objetivos, puede servir como una especie de paraguas contra las inclemencias de algunas de las peores manifestaciones de la globalización (precariedad en el empleo, flexibilización del mercado laboral, desamparo en las prestaciones sociales, demolición del —aunque haya sido incipiente en América Latina— Estado del bienestar, etcétera), pero también contra los

¹⁶² *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 17.

¹⁶³ Raventós, Daniel, “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 106, octubre de 2000, p. 43.

controles y la lógica de una burocracia que genera su propia racionalidad y que ha dejado de ver a los ciudadanos como tales para pasar a catalogarlos, en el mejor de los casos, como simples “clientes”.

Además, ninguna de las propuestas de transformación social que en la actualidad se están discutiendo refleja de forma tan clara como la RB el carácter universal que deben tener los derechos fundamentales. La RB se debe asignar, con algunas variantes según los autores, a todas las personas, a todos los mayores de edad, a todos los niños, a todos los ancianos, o bien a todos los que tengan entre 25 y 35 años, y así por el estilo. Se podrá discutir (y de hecho esa es una de las principales discusiones en el tema que nos ocupa), sobre los criterios que son mejores para identificar a los sujetos beneficiarios de la RB, pero lo importante está en el hecho de que todas las propuestas defienden su carácter universal (“para todos”), sin distinción alguna dentro del grupo identificado.

Este carácter universal es una de las diferencias que tiene la RB con las políticas asistenciales tradicionales o con los llamados subsidios condicionados; por ejemplo con los programas de combate a la pobreza implementados desde hace años por los sucesivos gobiernos mexicanos. Programas como el de Solidaridad con el presidente Carlos Salinas, u otros que se han implementado desde entonces con distintos nombres generan algunos problemas que no tiene la RB.

En primer lugar, para ser sujeto de esos programas hay que pasar por una identificación como pobre, como necesitado o como persona que no puede valerse por sí misma; sobra decir lo lacerantes que pueden ser para una persona dichas etiquetas.

En segundo término, a partir de los programas asistenciales nunca se han podido generar derechos, es decir, pretensiones oponibles jurídicamente al poder, sino que siempre se han visto como obras de buena voluntad (frecuentemente manipuladas con intenciones electoralistas) del gobierno en turno.

En tercer lugar, la burocracia que administra esos programas es altamente ineficiente, de forma que un buen porcentaje de recursos destinados a ellos terminan sirviendo para pagar las nóminas y gastos de sus administradores; en este punto hay que subrayar que la RB es un potente instrumento desburocratizador, pues su carácter universal hace innecesaria gran parte del aparato burocrático que acompaña a los programas asistenciales clásicos.

Respecto a este último punto Ferrajoli señala que la eliminación de la intermediación burocrática mejora notablemente la protección de un derecho a la renta básica, ya que lo vuelve más simple y eficaz en el plano jurídico, menos

costoso en el plano económico y más al resguardo de la discrecionalidad político-administrativa y por tanto de la selectividad y de la corrupción.¹⁶⁴

Las propuestas sobre la RB deben superar, como ha señalado Daniel Raventós, objeciones de carácter ético y de carácter económico.¹⁶⁵ Las primeras son esenciales y previas a las segundas, puesto que solamente cuando se ha demostrado su pertinencia ética se puede abordar su viabilidad técnica.

Uno de los fundamentos éticos más interesantes para defender la propuesta de una RB es la idea de la libertad como no-sujeción, tesis defendida entre otros por Philippe Van Parijs y por las recientes corrientes republicanas;¹⁶⁶ en palabras de Van Parijs:

Si se estableciera, una renta básica serviría como poderoso instrumento de justicia social: proporcionaría libertad real para todos, al proporcionar los recursos materiales que la gente necesita para perseguir sus aspiraciones... ayudaría a solucionar los dilemas políticos de la pobreza y el desempleo, y serviría a los ideales asociados con los movimientos feminista y verde.¹⁶⁷

En términos constitucionales se podría decir que la RB supone una propuesta para realizar en la práctica el tránsito desde una igualdad formal hacia una igualdad real de oportunidades y de recursos para todas las personas; ésta es la razón por la que se le estudia dentro de la temática general de la igualdad en sentido sustancial.

La RB podría permitir la separación conceptual y práctica entre ingresos y pertenencia al mercado laboral; es decir, con la RB una persona no dependería de su posibilidad de trabajar para tener un ingreso que le asegurara al menos un umbral mínimo de bienestar. Para fundamentar la justificación de una RB para los que no trabajan quizá habría que hacer una reflexión sobre el concepto mismo de trabajo. Tradicionalmente se ha considerado y definido como trabajo la realización de una actividad que conlleva o produce un beneficio para quien lo realiza; ahora bien, hay muchas personas que, sin realizar formalmente lo que entendemos como un trabajo, también realizan actividades socialmente útiles, que generan beneficios para ellos y el resto de personas; en esta tesitura se encuentran, por ejemplo, quienes realizan trabajo doméstico no remunerado o

¹⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, "Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito", en VV. AA., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifesto Libri, 1995, p. 65.

¹⁶⁵ *El derecho a la existencia*, cit., pp. 18-22.

¹⁶⁶ Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

¹⁶⁷ "Una renta básica para todos", en Raventós, Daniel (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 44.

quienes realizan actividades de voluntariado. Es importante lo que se acaba de decir porque contribuye a desmontar la creencia de que solamente quienes tienen un empleo y generan un salario aportan bienes a la sociedad y tienen por ello derecho a disfrutar de ciertos beneficios; por el contrario, hay muchas otras personas que, sin tener un empleo, también aportan bienes y por ello, de alguna manera, contribuyen al bienestar de los demás.¹⁶⁸

Hasta hace poco quizá la necesidad de hacer independientes los ingresos del hecho de tener un trabajo no parecía muy urgente en México, pero desde hace unos años comienza a serlo en la medida en que los niveles de desempleo en el país se han incrementado de manera sensible (a lo que hay que sumar la precariedad de los empleos formales y el gran número de personas que trabajan en el sector informal, sin contar con ningún tipo de cobertura por parte de los sistemas de seguridad social que funcionan actualmente). De todas formas, una fundamentación “fuerte” del derecho a la RB podría incluso prescindir del argumento de que todos, de alguna u otra manera, aportamos bienes socialmente útiles, pues para algunos autores basta con que una persona pertenezca a una sociedad determinada para que tenga —por ese sólo hecho— el derecho a recibir una RB.

Sobre la viabilidad técnica, es decir, sobre la posibilidad de conseguir recursos económicos para sufragar el costo de la RB, se han hecho diversos estudios que demuestran que los recursos necesarios existen y son suficientes; de lo que depende que esos recursos se puedan aplicar a una RB es de una decisión política: se puede hacer, basta que se quiera. De hecho, si se quisiera en el futuro intentar crear una especie de renta básica global, habría que recordar al menos los datos más obvios sobre la forma en que se gasta el dinero en el mundo: con datos de 2001, en Estados Unidos el gasto anual en confitería alcanza los 27,000 millones de dólares, en alcohol se gastan 70,000 millones, en coches más de 550,000 millones, 4,000 millones en cosméticos y 20,000 millones en joyas.¹⁶⁹

A nivel nacional se reproducen a escala en México este tipo de derroches, por lo cual es del todo posible que económicamente una RB sea sostenible, si en verdad se quiere lograr. Pensemos nada más en el volumen de recursos que en la actualidad se emplean en todo el mundo para el gasto militar, el cual —como la historia se ha encargado de demostrar en tantas ocasiones— no siempre se destina a fines nobles o que tengan que ver con la defensa del interés general. Algunos autores han hecho cálculos precisos que acreditan que la im-

¹⁶⁸ Raventós, Daniel y Noguera, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 120, marzo de 2002, p. 34.

¹⁶⁹ Los datos anteriores se toman de Held, David, “La globalización tras el 11 de septiembre”, *El País*, Madrid, 8 de julio de 2002.

plementación de una RB no requeriría de la creación de más riqueza, sino simplemente distribuir de otra forma la que ya existe en la actualidad.

En la literatura especializada, sobre todo en la que se ha generado por los economistas, se proponen varios modelos de RB.¹⁷⁰ Unos son llamados modelos débiles, ya que si bien mantienen la característica de la incondicionalidad de la RB, limitan su goce a un sector de la población; las limitaciones se pueden trazar tomando en cuenta la edad, si la persona está o no desempleada, si realiza trabajo doméstico (y por tanto, en principio, no remunerado), si pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad, si se trata de estudiantes, si se percibe algún otro apoyo de la seguridad social (un subsidio o una pensión), etcétera. Otros modelos son llamados “fuertes” ya que asignan una RB a toda persona desde el momento mismo en que nace y hasta que muere. Bajo estos modelos fuertes la universalidad y la incondicionalidad son perfectas.

Por lo que hace al tema de los costos de un derecho a la RB, hay que recordar que, como señala Ferrajoli, dicho derecho sería obviamente muy costoso, pero siempre menos que la carga económica que las formas rapaces y corruptas que se generan por la espesa selva de mecanismos burocráticos que hoy en día administran prestaciones parecidas. El efecto de igualdad, transparencia, automaticidad y consecuentemente de efectividad serían factores que habría que considerar al momento de calcular el costo de un derecho a la RB.¹⁷¹

Hay, además de todo lo anterior, al menos un motivo más para difundir, discutir y, en su caso, apoyar la creación de una RB. Se trata del grado de innovación que ese tipo de propuestas traen al escenario político. Es ya un lugar común señalar que las políticas concretas de los partidos de izquierda y de derecha casi no tienen diferencias; las elecciones se ganan cada vez más por candidatos presentados bajo una cuidada operación mediática y no por las propuestas que formulan; al mismo tiempo, el interés de los ciudadanos por la política disminuye por doquier, al percibir que las elecciones son casi siempre una farsa y que la alternancia política no es más que un recambio de equipos en el poder que tiene como desenlace la permanencia de las mismas políticas estructurales básicas.

Ante este escenario, que solamente puede servir para alimentar el pesimismo desmovilizador, la acción revitalizadora y renovadora de las energías progresistas que podría tener la RB es algo que hay que ponderar y, me parece, valorar positivamente.

¹⁷⁰ Ver por ejemplo, Iglesias Fernández, Ignacio, *La renda básica a Catalunya*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002.

¹⁷¹ Ferrajoli, Luigi, “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito”, *cit.*, pp. 66 y 67.

Creo que no es adecuado desautorizar propuestas de este tipo sosteniendo, como se hace a veces, que son utópicas. Por una parte, hay que considerar que existen abundantes análisis y evidencias que demuestran su viabilidad financiera y pertinencia ética. Por otro lado, como ha señalado Luigi Ferrajoli a propósito de la universalidad de los derechos fundamentales y de la posible creación de un constitucionalismo mundial, lo que hoy parece utópico es la única alternativa realista si queremos un futuro que no esté marcado por las guerras, el hambre y la marginación generalizadas.¹⁷²

Las ciencias sociales, hoy como nunca, deben recobrar el valor de imaginar futuros posibles y deseables. El efecto cegador de una realidad adversa no debe servir para inmovilizar a los teóricos, sino para incentivarlos a ir más lejos en sus propuestas. El realismo teórico ha dejado hace tiempo de aportar respuestas a los problemas de un mundo extremadamente complejo.

Propuestas como la RB son muy eficientes para dinamizar también el trabajo teórico, tan anclado como está en su falta de perspectivas. Desde luego, son propuestas que, por su novedad y por su potencial transformador, todavía se encuentran en una fase de gestación; en el futuro sería deseable que desde distintos ámbitos de las ciencias sociales se robustecieran los argumentos que permitan su implementación, primero regionalmente, pero con la óptica de ir progresivamente aumentando su ámbito geográfico de aplicación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Fernando, "A favor de las cuotas femeninas", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 116, octubre de 2001.
- ALBERT LÓPEZ-IBOR, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación anti-discriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002.
- ALEMANY, Macario, "Las estrategias de la igualdad", *Isonomía*, México, núm. 11, 1999.
- AÑÓN, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- APARISI MIRALLES, Ángela, "Notas sobre el concepto de discriminación", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 5, julio-diciembre de 1995.
- ARANDA, Elviro, *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001.

¹⁷² "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 397 y ss.; también en su ensayo "Los fundamentos de los derechos fundamentales", *cit.*, pp. 337 y 338.

- ASÍS ROIG, Agustín, “La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.
- ASÍS ROIG, Rafael de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- BALLESTER, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.
- BALLESTERO, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.
- BARRÈRE UNZUETA, María, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto de 2001.
- BECALLI, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge, Polity Press, 2002.
- BELTRÁN, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- , “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.
- y REY MARTÍNEZ, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998.
- , “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igual-*

- dad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1998.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- BRENA, Ingrid, “Personas y familia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- CABO, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- CALLINICOS, Alex, *Igualdad*, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2003.
- CANALES, Lorea, “La Constitución y las mujeres: una propuesta”, en VV. AA., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Editorial Themis, 2000.
- CARABITA, B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padua, CEDAM, 1984.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.
- , “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Igualdad constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Discriminación (prohibición de)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Renta básica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- CARRILLO, Marc, “Cuotas e igualdad por razón de sexo”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto 1992*, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli, 1992.
- COMISIÓN CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, 2001.

- DÍEZ PICAZO, Luis María, “Sobre la igualdad ante la ley”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- DWORKIN, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993.
- , *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 (trad. al español, Barcelona, Paidós, 2003).
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ PONCELA, Anna M., “Candidatas, cuotas y mujeres”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamerica (Libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Lima, Grijley, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito” en VV. AA., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifesto Libri, 1995.
- GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos sociales e igualdad”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GIORGIS, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.
- , *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge y otros, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.

- HERNÁNDEZ BARROS, Julio A., “La libertad sexual como garantía individual”, en VV. AA., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Editorial Themis, 2000.
- HERNANDO GARCÍA, Pedro J., “Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos”, en PAU VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- IGLESIAS FERNÁNDEZ, Ignacio, *La renda bàsica a Catalunya*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1983.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las acciones positivas”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995.
- LAPORTA, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985.
- , “Problemas de la igualdad”, en VALCÁRCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- LERNER, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- LO VUOLO, Rubén, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta de ingreso ciudadano”, *Contra la exclusión. La propuesta de ingreso ciudadano*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995.
- , “Ingreso ciudadano y pobreza en América Latina”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 19, julio de 2002.
- LUCAS, Javier de, “La lucha contra la discriminación”, en VV. AA., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, CGPJ, 1999.
- , “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, *La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001.

- MARAVALL, José María (ed.), *Dimensiones de la desigualdad*, Madrid, Visor, 1999.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- MCCRUDDEN, Christopher (ed.), *Anti-Discrimination Law*, Nueva York, New York University Press, 1991.
- MIRAVET, Pablo, “El ingreso ciudadano”, en ABRAMOVICH, Víctor (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994.
- MORA TEMPRANO, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en TEZANOS, José Félix (ed.), *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999.
- ONU, *Situación de la mujer en el mundo 2000. Tendencias y estadísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001.
- OVALLÉ FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- PACE, Alessandro, “Igualdad y libertad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio, “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, “Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, Facultad de Derecho, UNAM, tesis profesional, noviembre de 2003.
- PHILLIPS, Anne, “Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?”, en BECALLI, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- PRIETO, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.

- RAVENTÓS, Daniel, *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001.
- , “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 106, octubre de 2000.
- y NOGUERA, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 120, marzo de 2002.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 19, julio de 2002, (monográfico sobre el tema de renta básica).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- , “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , “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.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 44, 2001.
- y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “Discriminación y participación”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 110, octubre de 2000.
- ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- , “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en su libro *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Igualdad”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.

- , “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.
- , “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto de 1999.
- , “La igualdad política”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002.
- , “Sobre el concepto de igualdad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- , “La representación democrática de las mujeres”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina, “Feminismo y ciudadanía”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en PAU VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- SCHOEDER CORDERO, Francisco A., “Fuero militar”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- SEN, Amartya K., *Sobre la desigualdad económica*, Barcelona, Editorial Crítica, 1979.
- , *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999.
- SERRANO, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, en CAVAROZZI, Marcelo (coord.), *México en el desfiladero. Los años de Salinas*, México, Juan Pablos Editor, FLACSO, 1997.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999.
- SLONIMSQUI, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Buenos Aires, FJD editor, 2001.
- SOBERANES, José Luis, “Fuero”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 2000.
- , “Títulos nobiliarios”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VI.
- STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, CEC, 1979.

- SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- , “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- SUNSTEIN, Cass R., *Designing democracy. What Constitutions do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- THERBORN, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en TEZANOS, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.
- VAN PARIJS, Philippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- (ed.), *Arguing for basic income*, Londres, Verso, 1992.
- VV. AA., *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997.
- WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. A Analysis of the Retorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LIBERTAD

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

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

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

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

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LIBERTAD

I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE LIBERTAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Libertad negativa y libertad positiva

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

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

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

La libertad de los antiguos consistía según Constant,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ *Ibidem*, p. 260.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 267 y 268.

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

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

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

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

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

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

¹¹ *Ibidem*, p. 282.

¹² *Ibidem*, pp. 282 y 283.

¹³ *Ibidem*, pp. 281 y 282.

¹⁴ *Ibidem*, p. 282.

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

A. *Libertad negativa*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Libertad positiva*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ *Una gramática...*, cit., p. 90.

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

³² *Ibidem*, p. 43.

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

Como señala Francisco J. Laporta,

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

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

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

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

³⁴ *Ibidem*, p. 53.

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

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

3. Libertad y derechos fundamentales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ *Idem.*

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

⁴⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

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

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

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

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

⁴⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 67-70.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 71-74.

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

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

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

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

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

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

4. *Las amenazas a la libertad*

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

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

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

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

⁵⁴ *Libertad, cit.*, p. 20.

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ *Ibidem*, p. 154.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. LIBERTAD DE ENSEÑANZA (ARTÍCULO 3o.)

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

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

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

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

Del artículo 3o. se desprende tanto un derecho de libertad (derecho que a su vez se puede descomponer en diversas prerrogativas como la libertad de formar centros docentes, la libertad de elegir el tipo de educación que se prefiera, la libertad de cátedra, la libre organización de las universidades a las que la ley les reconozca autonomía, etcétera), como un derecho de carácter social; este último significado del derecho a la educación será estudiado en el capítulo quinto de este libro.

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

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

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

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

Debido a la magnitud enorme de la tarea educativa, la Constitución dispone que las responsabilidades en dicha materia deberán estar repartidas entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, de acuerdo con lo que establezcan las leyes que para tal efecto dicte el Congreso de la Unión (fracción VIII del artículo 3o.). Lo dispuesto en el artículo 3o. debe complementarse con lo que señala la fracción XXV del artículo 73, que faculta al Congreso de la Unión para dictar leyes que establezcan la concurrencia mencionada y las aportaciones económicas que correspondan al servicio público educativo.

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

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

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

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

1. *La autonomía universitaria*

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

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

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 814 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *La libertad de cátedra*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *La educación y los derechos fundamentales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ Para la interpretación de este artículo, *cfr.* Observación General núm. 1. Propósitos de la educación, 26o. periodo de sesiones, 2001, adoptada por el Comité de los Derechos del Niño, ya mencionada.

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LIBERTAD DE PROCREACIÓN (ARTÍCULO 4o.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷³ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

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

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

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

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

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo dicho hasta aquí resaltan al menos dos cuestiones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ *Abortion...*, cit., p. 3.

Libertad de procreación y nuevas tecnologías

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. LIBERTAD DE OCUPACIÓN O TRABAJO (ARTÍCULO 50.)

El artículo 50. contiene, en general, la libertad de trabajo u ocupación. Su texto es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁰ "Derecho de la educación", *cit.*, p. 816.

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

VI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ARTÍCULO 6o.)

El artículo 6o. de la Constitución mexicana contiene la libertad fundamental de expresión de las ideas en los siguientes términos: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹³ *Ibidem*, p. 18.

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

1. *Prohibición de censura*

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

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

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

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁸ *Ibidem*, p. 216.

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

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

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

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

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 233 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La prohibición de censura se aplica a todo tipo de contenidos, por lo cual también están protegidos, por ejemplo, los programas cómicos o los anuncios comerciales. Con respecto a estos últimos, sin embargo, el Estado puede imponer tanto modalidades como restricciones en el caso de que pudieran resultar necesarias con el fin de proteger otro derecho fundamental. Pensemos en la muy extendida prohibición para hacer publicidad de tabaco en la televisión. ¿Cómo puede justificarse constitucionalmente? Un argumento razonable podría sostener que dicha prohibición se justifica en virtud de que está científicamente probado que el consumo de tabaco daña gravemente la salud y al estar constitucionalizado el mandato de protección de la salud, dicha prohibición podría tener sustento constitucional y no ser violatoria del artículo 60. de la carta magna que protege la libertad de expresión.

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

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

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

2. Modalidades de la expresión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Los límites a la libertad de expresión*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otra tesis sobre las limitaciones a los derechos del artículo 60., aunque haciendo referencia específica al derecho a la información, la Suprema Corte ha sostenido lo siguiente:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS. El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 60. de la Constitución federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como “reserva de información” o “secreto burocrático”. En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede ser garantizado indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, en atención a la materia a que se refiera; así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. LX/2000, p. 74.

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

Dworkin considera que “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en

cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”.¹¹⁶

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

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

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

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

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

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

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

Aparte de las mencionadas en el artículo 6o., otras limitaciones a la libertad de expresión derivan del artículo 3o. constitucional que, interpretado *a contrario sensu*, indica que la educación no podrá favorecer los privilegios de raza, religión, grupos, sexos o individuos. Esta disposición supone un límite para todos los que intervienen en los procesos educativos. En sentido parecido, el artículo 130 constitucional dispone que los ministros de los cultos religiosos no podrán oponerse, en los actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, a las leyes e instituciones del país.¹²¹

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

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

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

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

4. *Libertad de expresión y medios de comunicación*

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 2o. constitucional, en su apartado B fracción VI, contiene una disposición específicamente aplicable a los pueblos indígenas en relación con los medios de comunicación. Dicho precepto dispone que las autoridades federales, locales y municipales tienen la obligación de: “VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen”.¹²⁴

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

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RADIODIFUSORAS. CONCESIONES. Conforme al artículo 6o. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Ello se deriva de que, conforme a la filosofía que inspira nuestra Constitución, el individuo tiene una esfera de derechos que la autoridad no puede tocar, y esa esfera incluye la libertad de expresión, de comunicarse ideas. La libre expresión es básica para que pueda pensarse siquiera en la existencia de un sistema democrático, en el que la soberanía radica en el pueblo, y en el que las autoridades sólo pueden hacer aquello que el pueblo las ha facultado para hacer, en la propia Constitución. Y la inclusión de un derecho en ésta no implica que el Estado lo haya concedido a los ciudadanos, sino que éstos se lo reservaron y decidieron garantizar su ejercicio mediante la inclusión expresa de ese derecho en la propia ley fundamental, pues la Constitución otorga la garantía, no el derecho (artículos 1o. y

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

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

ción de la ley en el otorgamiento de concesiones y permisos, sería darle un contenido contrario a las disposiciones del artículo 6o. constitucional. Por otra parte, cuando se va a otorgar una concesión, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe hacer los estudios pertinentes, que deben referirse a los requisitos legales a satisfacer, a la seriedad de la instalación y de su programación y funcionamiento, y sobre todo, a que no se constituyan monopolios monocromáticos de tan importantes medios masivos de difusión, pues aun las estaciones comerciales difunden una ideología ciertamente, de manera directa o indirecta, al través del contenido de sus programas y anuncios. Y ese estudio que formulen las autoridades debe darse a conocer íntegramente a las personas e instituciones que pudieran resultar afectadas, para que estén en oportunidad real de presentar sus objeciones, en términos del artículo 19 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en relación con el artículo 14 constitucional; se violaría la garantía de audiencia de esos posibles afectados si tuviesen que formular sus objeciones a ciegas, sin conocer en su plenitud todos los elementos del estudio hecho por las autoridades. Por último, sobre esas objeciones las autoridades deben resolver en forma fundada y motivada, pues el artículo 16 constitucional exige que se funden y motiven las resoluciones que puedan causar alguna molestia a los gobernados, en sus derechos. O sea que aunque las autoridades deban resolver a su libre juicio, esto no quiere decir que puedan resolver caprichosamente y derogando la garantía constitucional de fundamentación y motivación, ni que su juicio quede exento del control constitucional del juez de amparo, en términos del artículo 103, fracción I, de la Constitución federal. Y si las autoridades no formulan los estudios pertinentes, o no los dan a conocer a los interesados, habrá que mandar reponer el procedimiento administrativo. Y si no fundan y motivan su resolución, incluyendo el rechazo de las objeciones, de manera que se trate de una violación formal (omisión absoluta de motivación o de fundamentación en ese aspecto), se deberá mandar reponer la resolución reclamada. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 109-114, sexta parte, p. 120. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo en revisión 721/77, Victoria Graciela Alba de Llamas y coagraviados. 25 de enero de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones.

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

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

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

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

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

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

En particular, la Sentencia 127/1994 entiende que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Cuando se excite al desorden, se aconseje o se incite al robo, al crimen, a la destrucción de bienes o se justifique la comisión de los delitos o a sus autores;

II. Cuando se defiendan, disculpen o aconsejen los vicios;

III. Cuando se enseñe o muestre la forma de realizar delitos o practicar vicios, sin demostrar durante la transmisión las consecuencias sociales adversas de esos hechos.

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

Artículo 45. La publicidad de bebidas alcohólicas deberá:

I. Abstenerse de toda exageración;

II. Combinarse dentro del texto o alternarse con propaganda de educación higiénica o del mejoramiento de la nutrición popular; y

III. Hacerse a partir de las 22 horas de acuerdo con la fracción III del artículo 23.

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

En una tesis jurisprudencial del Poder Judicial federal de México, la libertad de expresión se asocia con el arte y la cultura, sectores de la vida social en los que el Estado no podrá imponer sus propios criterios estéticos; en este sentido, la libertad artística y cultural está protegida por el artículo 6o. constitucional al formar parte de la genérica libertad de expresión. El texto de la tesis aludida es el siguiente:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al artículo 6o. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía constitucional. En consecuencia, *sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar; y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar.* Y sería absurdo un proteccionis-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

129 *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Establecer el acceso a los medios de los grupos sociales y políticos significativos.

d) Evitar las prácticas monopólicas y la concentración.

e) Regular los derechos de respuesta y rectificación en los medios masivos de comunicación.¹⁴⁵

f) Crear mecanismos procesales para que los particulares puedan corregir los eventuales excesos de los medios de comunicación.

g) Constituir un estatuto profesional aplicable a los comunicadores, tal vez en la forma de código deontológico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

149 “Concentración de medios y pluralismo”, cit.

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

151 La necesidad de la transparencia en materia de medios de comunicación puede desprenderse, según Sergio López-Ayllón, del derecho fundamental a la información previsto en el artículo 60. constitucional, lo cual obligaría a su futura regulación. Dicha transparencia crearía condiciones para facilitar la independencia de los medios con respecto a los centros de poder político y económico, y permitiría al público identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de aquellos que le informan; “El derecho a la información como derecho fundamental”, *Derechos humanos y derecho a la información*, cit. Sobre la transparencia en la financiación de los medios, conviene revisar el penúltimo párrafo del artículo 21 de la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Constitución alemana de 1949 establece en su artículo 5o. lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁶ Opinión Consultiva núm. 11, 19o. periodo de sesiones, 1983, consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 403 y 404.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. La pornografía

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. El lenguaje del odio¹⁷⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. El financiamiento de la política

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

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

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

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

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

D. *La quema de banderas*

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

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

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

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

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

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

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

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

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

E. La crítica a los funcionarios públicos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La última parte del artículo 60. de la Constitución mexicana establece la obligación del Estado de garantizar el derecho a la información, mismo que será estudiado dentro del capítulo que se refiere a los derechos de seguridad jurídica (capítulo cuarto, *infra*).

7. *La libertad de expresión en la era del Internet*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. LIBERTAD DE IMPRENTA (ARTÍCULO 7o.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La veracidad informativa y el daño moral

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

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

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

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

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

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

²⁰⁹ Véanse, sin embargo, las observaciones de Luis Javier Mieres sobre la “calidad democrática” que debe tener la información, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, *cit.*, pp. 252 y ss.

tualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa...” (Sentencia 176/1995). En otra sentencia, el mismo órgano manifiesta que “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la *verdad* como condición para el reconocimiento del derecho la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (Sentencia 6/1988).

El mismo Tribunal ha señalado que se debe distinguir cuándo los medios de comunicación *transmiten informaciones* y cuándo *emiten juicios de valor* o calificativos; si sucede lo primero, a los tribunales les correspondería eventualmente juzgar si lo informado es o no veraz; si se trata de lo segundo, entonces los jueces deben verificar si los juicios de valor contienen expresiones vejatorias. Desde luego, ambas situaciones se pueden verificar en un mismo ejercicio comunicativo, de forma que a la vez se esté transmitiendo información y emitiendo juicios de valor; en la práctica, de hecho, las dos formas de comunicar suelen confundirse. En este contexto, el Tribunal afirma que

la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, no podría hacerlo sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión... la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que en ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comportan una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar... Sentencia 297/2000.

Comentando el tema de la veracidad de la información, Álvaro Rodríguez Bereijo afirma que

Lo que el requisito de *veracidad* supone es que el informador tiene un especial deber de comprobar la realidad de los hechos mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente... *Info-*

mación veraz significa, pues, información comprobada o contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa.²¹⁰

En el mismo sentido, Risso Ferrand escribe lo siguiente:

¿Qué es información veraz? No es aquella incontrovertible (hechos plenamente demostrados) sino aquella que el informador transmite como “hechos” que han sido previamente objeto de contraste con datos objetivos. Se priva así de esta garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, sin desplegar la diligencia exigible en esa comprobación. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, y menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su verdad objetiva sea controvertible.²¹¹

La necesidad de que la información sea verdadera para proteger o limitar la libertad de expresión también han sido objeto de estudio por la Suprema Corte de Estados Unidos, que en el conocido caso *New York Times Co. vs. Sullivan* que ya hemos analizado, hizo afirmaciones parecidas a las que se acaban de transcribir del Tribunal Constitucional español y de Rodríguez Bereijo. Por ejemplo, en la sentencia se sostiene que las afirmaciones erróneas son inevitables en el libre debate e incluso ellas deben ser protegidas si se quiere que la libertad de expresión tenga el espacio para respirar que necesita para sobrevivir. Por supuesto, no toda información falsa está protegida; por ejemplo, no lo está, en el criterio de la Corte, aquella que haya sido emitida de forma maliciosa, sabiendo de antemano que era falsa o sin la diligencia necesaria para saber si lo era o no.

Respecto a la verificación estricta y exhaustiva de la información antes de darla a conocer por medio de los canales de comunicación, hay que distinguir entre si se trata de informaciones que afecten —o no— a funcionarios públicos o personas de relevancia pública, o si se refieren a simples particulares. En el segundo caso, la diligencia requerida es mucho mayor, ya que tratándose de informaciones de relevancia pública, lo que debe primar es la posibilidad de generar y llegar a conocer todas las afirmaciones y noticias, lo cual supone inclu-

210 “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *cit.*, p. 4. Ver también las observaciones de Villaverde Menéndez, Ignacio, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 78-81.

211 Risso Ferrand, Martín J., “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002, p. 293.

so que las personas públicas tengan más reducido su ámbito de intimidad y que puedan llegar a ser sujetos de críticas de grueso calibre.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho a la libertad de expresión se reduce cuando cierta información

no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión en sus derechos de la personalidad, por lo que en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público (Sentencia 105/1990).

La falta de veracidad, entendida en el sentido que se acaba de apuntar en relación con la diligencia mostrada por el periodista o comunicador, y no simplemente como apego a “la verdad” que es como parece entenderlo la jurisprudencia mexicana, puede dar lugar a una acción de resarcimiento por daño moral. El tema del daño moral debe analizarse dentro del derecho civil, por estar previsto justamente en el Código Civil. Para nuestra exposición basta señalar que la veracidad de la información constituye un requisito del ejercicio de las libertades de expresión e imprenta (que no avalan, según se ha dicho, un “derecho a la mentira”) y señalar que el abuso de esas libertades puede tener, como una de sus consecuencias posibles, el daño moral.

Sobre el tema del daño moral también es importante considerar los siguientes criterios jurisprudenciales:

DAÑO MORAL. LIBERTAD DE IMPRENTA O PRENSA. LIMITANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 7o. CONSTITUCIONAL. Del texto del artículo 7o. constitucional se advierte que es inviolable el derecho de toda persona física o moral, de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Sin embargo, el propio precepto establece límites al ejercicio de esa libertad, los cuales consisten en el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. De lo que deriva que la publicación de ideas u opiniones no es ilimitada e implica que si bien la libre comunicación de pensamientos y opiniones es una garantía constitucional, quien realice ese tipo de actividades debe responder de su abuso, cuando contravenga el respeto a la vida, a la moral y a la paz pública. En atención a ello es que el artículo 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, señala que no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión crítica, expresión e información, pero con las limitaciones a que se refiere el precepto constitucional citado. Por lo que si en ejercicio de la libertad de imprenta o prensa, se publican expresiones que atenten contra la integridad moral de una persona, el responsable de esa publicación se encuentra obligado a la reparación del daño moral causado, independientemente del vínculo que tenga con quien lo haya redactado, pues con el fin de no incurrir en un hecho ilícito, está obligado a

verificar que sus publicaciones carezcan de manifestaciones o expresiones maliciosas, que no expongan a persona alguna al odio, desprecio o ridículo, ni pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses, lo que de acuerdo al precepto 1o. de la Ley de Imprenta en vigor, constituye un ataque a la vida privada. Si bien los artículos 16 y 17 de esa Ley establecen a quién debe considerarse responsable en la comisión de delitos por medio de la imprenta, litografía, grabado o cualquiera otro medio de publicidad, no resultan aplicables para determinar la responsabilidad por daño moral, pues ésta no es de carácter penal sino civil y se encuentra regulada por el Código Civil en el libro cuarto, denominado “De las obligaciones”, primera parte “De las obligaciones en general”, título primero “Fuentes de las obligaciones”, capítulo V “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”. Novena época, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001, tesis I.10o.C.14 C, p. 1120.

DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO. El derecho romano, durante sus últimas etapas, admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo, que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales. En México, la finalidad del legislador, al reformar los artículos 1916 y adicionar el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquel que, incluso a quien ejerce su derecho de expresión a través de un medio de información masivo, afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Así, de acuerdo al texto positivo, por daño moral debe entenderse la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Cir-

cuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, tesis I.3o.C.243 C, p. 1305.

DAÑO MORAL, NO SE ESTÁ OBLIGADO A LA REPARACIÓN DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINIÓN, CRÍTICA Y EXPRESIÓN DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1916 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que no se está obligado a la reparación del daño moral, cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas, en los términos del artículo 6o. constitucional. Novena época, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, diciembre de 1996, tesis I.6o.C.88 C, p. 385.

VIII. DERECHO DE RECTIFICACIÓN

Para comprender cabalmente el ejercicio de la libertad de imprenta, hay que hacer una mención, aunque sea de forma breve, al derecho de rectificación, que pone de manifiesto que dicha libertad no tiene por actores únicos a los poderes públicos y a los medios de comunicación, sino que afecta y compete igualmente a todas las personas.

El derecho de rectificación, también llamado derecho de réplica, de respuesta o de declaración, no está contemplado en el texto de la Constitución mexicana. Pero forma parte importante del ordenamiento jurídico nacional al estar previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 14 establece que

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirigen al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido...

A nivel legislativo y siendo aplicable solamente a los medios de comunicación impresa, la Ley de Imprenta dispone en su artículo 27 que:

Los periódicos tendrán la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que se hagan en artículos, editoriales, párrafos, reportazgo o entrevistas, siempre que la respuesta se dé dentro de los ocho días siguientes a la publicación, que no sea mayor su extensión del triple del párrafo o artículo en que se contenga la alusión que se

contesta, tratándose de autoridades, o del doble, tratándose de particulares; que no se usen injurias o expresiones contrarias al decoro del periodista que no haya ataques a terceras personas y que no se cometa alguna infracción de la presente Ley.

Si la rectificación tuviere mayor extensión que la señalada, el periódico tendrá obligación de publicarla íntegra; pero cobrará el exceso al precio que fije en su tarifa de anuncios, cuyo pago se efectuará o asegurará previamente.

La publicación de la respuesta, se hará en el mismo lugar y con la misma clase de letra y demás particularidades con que se hizo la publicación del artículo, párrafo o entrevista a que la rectificación o respuesta se refiere.

La rectificación o respuesta se publicará al día siguiente de aquel en que se recibiera, si se tratare de publicación diaria o en el número inmediato, si se tratare de otras publicaciones periódicas.

Si la respuesta o rectificación se recibiere cuando por estar ya arreglado el tiro no pudiese publicarse en los términos indicados, se hará en el número siguiente.

La infracción de esta disposición se castigará con una pena, que no baje de un mes ni exceda de once, sin perjuicio de exigir al culpable la publicación correspondiente, aplicando en caso de desobediencia, la pena del artículo 904 del Código Penal del Distrito Federal.

Algunas legislaciones locales también establecen el derecho de réplica para áreas específicas del acontecer social, por ejemplo en la materia electoral.²¹²

El derecho de réplica puede definirse como el derecho que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que sea difundida gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.²¹³ Badeni entiende el derecho de réplica como

la facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal

²¹² Es el caso del artículo 162 del Código Electoral del Distrito Federal; sobre la forma de aplicar lo dispuesto por ese artículo, ver el “Acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, por el que se establece el procedimiento para garantizar y hacer efectivo el ejercicio del derecho de aclaración y réplica”, adoptado en la sesión del órgano electoral mencionado del 28 de abril de 2003.

²¹³ Otro concepto puede verse en Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001, p. 162. En general sobre el tema, Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., pp. 291 y ss.

potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió.²¹⁴

El origen del derecho de réplica, según Gregorio Badeni, no fue muy democrático, pues lo que se buscaba era controlar a la prensa y evitar las críticas contra los gobernantes al obligar a los periódicos a publicar las réplicas de los afectados; según el autor mencionado, el reconocimiento legislativo del derecho en cuestión “no respondió al propósito de proteger el buen nombre y honor de las personas sino, en realidad, de ofrecer a las figuras públicas un medio para contrarrestar las críticas periodísticas o los efectos de la publicidad de informaciones desfavorables para su imagen popular”.²¹⁵

Los objetivos del derecho de réplica son:²¹⁶ *a)* otorgar a la persona afectada por una información inexacta o agravante un remedio adicional y ágil para asumir la defensa de sus derechos; *b)* permitir el acceso a los medios de comunicación a personas que quieren publicar sus ideas sin censura previa; *c)* resaltar la función social de los medios como instrumentos de transmisión de informaciones veraces; y *d)* ofrecer a la opinión pública las diversas interpretaciones que se pueden extraer de un hecho público, por medio de la participación directa de sus protagonistas.

Es importante señalar que el derecho de réplica no es un instrumento para propiciar un debate entre personas o para ilustrar las diferencias de criterio entre ellas. Cuando lo que se expresa son opiniones y no noticias, las responsabilidades por las mismas deben procesarse por las vías legales establecidas (responsabilidades penales o civiles, en el caso de particulares, y además responsabilidades administrativas, si se trata de un funcionario público). Como lo expone Humberto Nogueira,

el derecho de declaración o rectificación no se ejerce respecto de opiniones, las cuales constituyen la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales, ya que de lo contrario, actuaría como un mecanismo perverso que inhibiría el debate de ideas, haciendo a los medios muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden para evitar el costo

²¹⁴ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa, cit.*, p. 298.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 291.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 298 y 299.

económico y político de tener que publicar la respuesta o aclaración de quienes se consideran controvertidos en sus convicciones por dichas opiniones... En todo caso, las informaciones susceptibles de respuesta deben ser datos o afirmaciones que pueden ser examinados en cuanto a su corrección, exactitud o integridad y cuya declaración sustancial no es la mera manifestación de una opinión personal.²¹⁷

La rectificación o réplica debe circunscribirse a la información que la motiva, debiendo por tanto ser proporcional a ella en cuanto a su extensión y características.

La transmisión de informaciones oficiales como lo pueden ser sentencias judiciales, informes de gobierno, auditorías de gasto público, etcétera, no pueden dar lugar, como regla general, a rectificaciones o réplicas, a menos que dicha transmisión no haya sido fiel respecto al contenido de la información o se haya desnaturalizado su sentido.

La publicación o transmisión de la rectificación o respuesta también debe ser proporcional, lo cual requiere que se haga en la misma página en donde apareció la información que se rectifica (en el caso de medios impresos) o dentro de la misma franja horaria y con características similares a las de la transmisión original (si se trata de medios electrónicos).

Para sintetizar, podríamos caracterizar el derecho de réplica en los siguientes términos:²¹⁸

1. El titular del derecho es toda persona directamente afectada por informaciones inexactas o agraviantes que le perjudiquen;
2. La expresión de las informaciones debe ocasionar un perjuicio al titular del derecho, ya sea de índole material o moral, que tenga la importancia suficiente y que pueda percibirse objetivamente;
3. Las expresiones inexactas o agraviantes deben configurar, esencialmente, una información y no una opinión, ya que las opiniones dan lugar a responsabilidades ulteriores (de carácter civil o penal, según sea el caso), pero no al derecho de réplica;
4. La información debe ser inexacta o, de ser cierta, agraviante para el titular del derecho; si la información es falsa no hace falta que sea agraviante, pero si es cierta sí que debe serlo para dar lugar a la réplica;

²¹⁷ Nogueira Alcalá, "El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional", *cit.*, pp. 174 y 175.

²¹⁸ Sigo en parte la exposición de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, *cit.*, pp. 299-301.

5. La información debe ser emitida a través de un medio de comunicación y dirigida al público en general; si se emite de forma reservada o en forma pública pero no a través de un medio de comunicación, no se puede configurar el derecho de réplica, que sí existirá, sin embargo, si la información es retomada con posterioridad por algún medio de comunicación;
6. El objeto del derecho es materializar, de forma lo más inmediata posible, la difusión de la réplica o rectificación por el mismo medio de comunicación que emitió la información; se tratará de una réplica si la información es cierta pero agravante y de una rectificación si la información es inexacta;
7. El derecho debe ejercerse a través del mismo medio de comunicación que difundió la información;
8. La difusión de la réplica o rectificación se debe realizar de manera gratuita.²¹⁹

El derecho de réplica ha sido objeto de una interesante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que vale la pena remitirse para comprender los alcances del ya mencionado artículo 14 del Pacto de San José, así como los significados y consecuencias del derecho en cuestión.²²⁰

En esa opinión, la Corte estimó que “Si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los organismos de protección por ella previstos” (párrafo 28). Esto significa que si el Estado ha suscrito el Pacto, la garantía del derecho de rectificación debe darse con independencia de si existe o no legislación interna al respecto. Lo que hace la Corte, por tanto, es recalcar de forma muy conveniente el hecho de que el Pacto no requiere para su aplicación de intermediación legislativa y que sus disposiciones deben ser plenamente exigibles tan pronto como entren en vigor para el Estado en cuestión.

²¹⁹ En sentido contrario, Badeni (*Tratado de libertad de prensa, cit.*, p. 301) considera que no puede exigirse al medio de comunicación la transmisión gratuita, ya que no está contemplado en el artículo 14 de la Convención Americana; me parece que este criterio es totalmente equivocado, porque si lo aceptamos, el derecho de réplica dejaría de ser, por una parte, de todas las personas para ser un derecho de quien pueda pagarlo; por otra, bastaría con que el medio de comunicación pusiera una cuota exorbitante para la transmisión de la réplica para que el ejercicio del derecho fuera imposible.

²²⁰ Se trata de la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte, consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. II, *cit.*, pp. 825-868.

En México, aparte de la disposición del artículo 27 de la Ley de Imprenta que ya se ha transcrito y que por su irrelevancia no merece mayor comentario, se ha intentado incorporar un supuesto derecho de réplica en el artículo 38 del Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, cuyo texto establece:

Toda persona, física o moral, podrá ejercitar el derecho de réplica cuando un material que sea difundido en cualquier programa de una estación de radio o televisión no cite la fuente de la cual extrajo la información y considere que los hechos que la aluden son falsos e injuriosos.

Para hacer valer este derecho, el interesado presentará, por escrito y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la transmisión, la solicitud de aclaración pertinente ante la estación de radio o televisión correspondiente, la cual evaluará su procedencia, a efecto de hacer la aclaración.

En caso que la estación de radiodifusión estime que la aclaración solicitada es improcedente, el interesado tendrá a salvo sus derechos para recurrir a las vías jurisdiccionales correspondientes.

De obtener el interesado resolución firme y favorable de la autoridad jurisdiccional, el concesionario o permisionario de radio o televisión transmitirá la aclaración correspondiente en los términos de la resolución.

El derecho de réplica podrá ser ejercido por el perjudicado aludido y, a falta de éste, por sus parientes en línea ascendente o descendente en primer grado.

En caso de que la estación de radiodifusión cite la fuente de la cual extrajo la información, y ésta haga la aclaración correspondiente, el aludido podrá ejercitar ante el concesionario o permisionario de radio o televisión el derecho consagrado en este artículo.

La doctrina ha criticado el contenido de este precepto considerando los siguientes aspectos:²²¹ *a)* el derecho de réplica no está contemplado en la ley de la materia, por lo que su inclusión en el Reglamento es jurídicamente cuestionable; *b)* el artículo transcrito limita el derecho de réplica al caso en que no se cita la fuente; *c)* deja a la emisora completa libertad para atender o no la rectificación enviada por la persona aludida, y *d)* la mención del derecho que tienen los particulares de acudir a las vías jurisdiccionales correspondientes es obvia y, en este sentido, el Reglamento no agrega nada nuevo a lo que ya existe por virtud de diversos mandatos constitucionales, como el artículo 17.

A estas observaciones puede agregarse el hecho de que, en otros países, el plazo para enviar la rectificación es más amplio que el de 48 horas que establece el Reglamento referido. Así, la ley peruana de rectificación establece un pla-

²²¹ López-Ayllón, Sergio, "Derecho a la información (actualización)", *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 302-304.

zo de 15 días naturales;²²² en Chile el plazo es veinte días;²²³ en España es de siete días naturales, según el artículo 2o. de la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación.

En el derecho comparado existen algunos casos que demuestran que el derecho de réplica puede también conformarse como una prerrogativa de los partidos políticos de oposición para responder a las declaraciones del gobierno, con lo cual se nutre el debate público y se genera un marco más sólido de acceso de los ciudadanos a los puntos de vista que expresan los actores políticos; todo ello contribuye a mejorar las condiciones en que se ejerce el pluralismo político. Esta es la idea que subyace al ya citado artículo 40.2 de la Constitución portuguesa, de acuerdo con el cual

Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se 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.

Sobre el derecho de réplica el Tribunal Constitucional español sostiene que

[tiene] un carácter puramente instrumental en cuanto que su finalidad se agota en la rectificación de informaciones publicadas por los medios de comunicación y que aquel que solicita la rectificación considere lesivas de derechos propios. Por su naturaleza y finalidad, el derecho de rectificación, que normalmente sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas), pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde, debe ser regulado y ejercitado en términos que ni frustren su finalidad ni lesionen tampoco el derecho que también la Constitución garantiza a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [Sentencia 35/1983].

En un criterio interesante, el mismo Tribunal ha declarado que si el medio de comunicación inserta espontáneamente una rectificación, dicha inserción, aunque no lo exime de las responsabilidades que pueda tener por violación de los derechos al honor y la intimidad, sí modula tales responsabilidades, “pues constituye un mecanismo idóneo para corregir y aclarar los errores que invo-

²²² Se trata de la Ley núm. 26847 de 28 de julio de 1997.

²²³ Nogueira Alcalá, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *cit.*, p. 178.

luntariamente, y a veces de manera inevitable, se deslizan en una información rectamente obtenida y difundida” (Sentencia 240/1992).

Una postura bastante distinta sobre el derecho que estamos analizando es la que ha sostenido la Suprema Corte de los Estados Unidos; en la sentencia del caso *Miami Herald Pub. Co. Vs Tornillo* de 1974, la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Florida que establecía el derecho de réplica por informaciones divulgadas en los periódicos. En su sentencia la Corte, después de hacer un riguroso repaso de los precedentes dictados en temas cercanos al derecho de rectificación como la libertad de expresión, sostiene que²²⁴

Aun cuando el periódico no tuviese que afrontar más costos para cumplir con la ley de acceso obligatorio y no se viese obligado a prescindir de la publicación de noticias u opiniones como resultado de la inclusión en sus páginas de una respuesta, la ley no logra franquear las barreras de la Primera Enmienda por cuanto se inmiscuye en la función de los directores. Un periódico es más que un mero recipiente o conducto pasivo de las noticias, los comentarios y la publicidad. La selección de los materiales que encuentran cabida en un periódico, y las decisiones que se toman con respecto de las limitaciones de su tamaño y contenido, y del tratamiento de cuestiones públicas y de funcionarios públicos —ya sea éste justo o injusto— constituyen el ejercicio del control y el criterio editoriales. Está aún por demostrarse de qué manera la regulación gubernamental de este proceso esencial podría realizarse en consonancia con las garantías que la Primera Enmienda da a la libertad de prensa y con la evolución de esas garantías hasta nuestros días.

En su voto concurrente, los jueces Brennan y Rehnquist señalaron que el criterio sostenido sobre el derecho de réplica no se podía extender a otras leyes que establecieran el deber de los periódicos de publicar una retractación siempre que una persona afectada hubiera demostrado en juicio que esa información era difamatoria.

También en una opinión concurrente, el juez White va un poco más allá de la postura de la sentencia y sostiene una posición muy liberal sobre la libertad de prensa, seguramente teniendo en cuenta el carácter incondicionado (“absoluto”, como lo ha calificado un autor clásico) que la Primera Enmienda le da a la libertad de expresión; para White,

Los periódicos o revistas no son empresas de servicios públicos sometidas a regulación gubernamental “razonable” en cuestiones que afectan el ejercicio del criterio periodístico con respecto a lo que debe publicarse... Hemos aprendido —y segui-

²²⁴ Tomo la traducción de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., pp. 314 y 315.

mos aprendiendo— de lo que consideramos la desgraciada experiencia de otros países en que se ha permitido que el gobierno se entrometa en los asuntos editoriales internos de los periódicos. Por buenos y beneficiosos que parezcan los propósitos de controlar la prensa, preferimos “el poder de la razón aplicado mediante la discusión pública” y seguimos contemplando con profundo escepticismo todas las medidas que hacen posible que el gobierno se introduzca en las salas editoriales de los periódicos de este país.

Lo curioso del criterio sostenido en el caso *Tornillo* es que años antes la misma Corte había sostenido un criterio contrario para el caso de los medios electrónicos; en efecto, en 1969, al resolver el caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, la Corte había sostenido que tanto el Congreso como la Comisión Federal de Telecomunicaciones pueden establecer el derecho de réplica y no violar con ello la Primera Enmienda; el argumento de la Corte es el siguiente:

En razón de la escasez de frecuencias de radiodifusión, el papel del gobierno en adjudicarlas y las legítimas reclamaciones de quienes sin ayuda del gobierno no pueden acceder a esas frecuencias para expresar sus opiniones, sostenemos que las reglamentaciones y normas aquí discutidas están autorizadas por la ley y son constitucionales.²²⁵

Con posterioridad, la Corte sostuvo la inconstitucionalidad del derecho de réplica que se quisiera imponer frente a la televisión por cable. Se trata del caso *Turner Broadcasting vs. FCC* de 1997; en ese caso, en realidad, la Corte tuvo que estudiar el tema, más amplio que el derecho de réplica, de si era o no constitucional que el gobierno regulara ciertos contenidos de las emisiones por cable (se trataba de la imposición de un porcentaje de contenidos que debía ser destinado a informaciones locales); la Corte sostuvo la inconstitucionalidad basándose en el argumento de que con ello se obligaba al medio de comunicación a efectuar transmisiones que no quería y eso iba contra la Constitución.

Algunos autores, quizá retomando de forma implícita los criterios de la Corte Suprema de los Estados Unidos a los que acabamos de hacer referencia, han criticado el derecho de rectificación diciendo que podría ir en contra de la libertad de imprenta. Al respecto, Badeni escribe que

Desde un punto de vista práctico, son cuantiosos y sumamente graves los perjuicios que acarrea el replicato compulsivo para la libertad de prensa. La simple lectura de cualquier periódico revela que su contenido es susceptible de generar decenas de

²²⁵ De nuevo, tomo la traducción de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., pp. 320 y 321.

pedidos de réplica por la disparidad de opiniones²²⁶ y las numerosas modalidades que permite la publicación de un hecho.²²⁷

No comparto ese punto de vista, ya que utiliza como fundamento el conocido —pero falso— argumento de que la mayor parte de los medios de comunicación son propiedad privada y que, como tales, no pueden ser objeto de afectación; como ya lo hemos visto, en efecto los medios pueden ser de propiedad privada; pero, o bien utilizan un bien público para llegar a sus usuarios (es el caso de la televisión o de la radio, que utilizan el espacio radioeléctrico), o bien cumplen una función de interés público, en virtud de que contribuyen a la formación de la opinión pública libre, que es un elemento esencial de las democracias modernas, según ya lo expusimos al tratar el tema de la libertad de expresión. En esa virtud tienen una serie de deberes añadidos a los que pueden tener otras actividades económicas.

IX. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

Como tales, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen no se encuentran reconocidos en la Constitución mexicana de 1917, pero conviene hacer una mención de ellos, así sea breve, en virtud de que tienen una presencia creciente en el constitucionalismo contemporáneo por un lado, y sobre todo porque sí están reconocidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México forma parte, de manera que están integrados (en los términos del artículo 133 constitucional), en el ordenamiento jurídico nacional.

Hay que comenzar afirmando algo obvio, pero que conviene tener presente desde el principio: las posibilidades interpretativas que ofrecen estos derechos son muy amplias, debido en parte a que su contenido semántico es poco preciso. Términos como los de “honor” o “intimidad” no son fáciles de determinar, pues en alguna medida dependen de las condiciones culturales de la sociedad en la que se quieran aplicar, o incluso de la cultura más o menos democrática que tengan los jueces encargados de aplicarlos en algunos casos concretos.

Honor, intimidad y propia imagen son bienes jurídicos que cobran una mayor importancia en la era actual en la que las modernas tecnologías los han

²²⁶ Olvida el autor que, como él mismo lo sostiene en su obra y como ya lo hemos visto en los párrafos precedentes, el derecho de réplica no es aplicable a las opiniones, sino solamente a las informaciones.

²²⁷ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 301.

puesto en riesgo; los avances técnicos, la tendencia invasiva de los medios de comunicación y las posibilidades que ha abierto la informática hacen que deban ser protegidos desde el propio texto constitucional, y luego tutelados a nivel legislativo y jurisprudencial, como se hace en otros países.²²⁸

Por tratarse de derechos distintos, aunque estrechamente relacionados, conviene estudiarlos en subincisos separados.

1. *Derecho a la intimidad*

A. La intimidad en las sociedades modernas

Uno de los signos de las democracias contemporáneas es la separación entre actividades públicas y actividades privadas de los individuos. Si esa separación no existiera se correría el riesgo de caer en alguno de los dos extremos siguientes: o bien se pulverizarían varios de los derechos fundamentales más importantes dentro de la lógica del Estado constitucional (como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la libertad de creencias, la libertad ideológica, la libertad de procreación, etcétera), o bien —en el otro extremo— se diluirían varios de los sistemas de control que actualmente existen para verificar la actuación de las autoridades (las reglas de comportamiento que rigen en el ámbito público son distintas que las que existen en el ámbito privado, y para los funcionarios públicos se crea todo un sistema de mecanismos de verificación que solamente se pueden mantener para el caso en que la distinción entre público y privado sea clara).²²⁹

En este contexto, encuentra justificación que los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos recojan el derecho a la intimidad, como manifestación concreta de la separación entre el ámbito privado y el público.

En su sentido original, el derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida. En sus inicios, el derecho a la intimidad es un derecho a la soledad, a ser dejado en paz, sin ser molestado por los demás.

²²⁸ De entre la vasta literatura que existe sobre el tema, ver Muñoz de Alba, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 571-609 y Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2a. ed., México, Fundación Buendía, UIA, 1998.

²²⁹ En general, sobre el concepto de “lo público” y sus repercusiones sobre el derecho constitucional, ver Cabo de la Vega, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997.

En el que se considera por la doctrina como el trabajo pionero en materia de derecho a la intimidad, los abogados norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis plantearon este derecho en los términos que se acaban de mencionar.²³⁰ Les preocupaban las excesivas incursiones de la prensa en actividades privadas de las personas y la confusión que según ellos existía entre noticias de interés general (que estarían protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos) y el mero chismorreos, que no solamente no estaría protegido sino que en caso de que afectara a la intimidad, la honra o el buen nombre de una persona, podía incluso generar un derecho a ser indemnizado por parte de la persona que lo sufre.

En su artículo afirmaban, anticipándose en varias décadas a lo que sucede en la actualidad, que

El chismorreos ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro... La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales.²³¹

Con el advenimiento de las sociedades modernas, las preocupaciones de Warren y Brandeis no han dejado de tener sentido, pero la protección constitucional se ha ampliado hacia otros horizontes, debido en parte a las exigencias que se han derivado de los desarrollos tecnológicos, que permiten a particulares y autoridades tener acceso a una gran cantidad de información sobre nuestras vidas.

Pensemos simplemente en la cantidad de documentos de identificación que se nos requiere que tengamos para nuestra vida cotidiana, cada uno de los cuales suele contener datos personales (dirección, fecha de nacimiento, teléfono, adscripción profesional, etcétera), o también en los muchos datos que obran en poder de los distintos órganos públicos en los diferentes niveles de gobierno (datos fiscales, gastos realizados en el domicilio como los que derivan del uso de la luz, agua, teléfono, gas, etcétera), o —lo que aún puede ser más peligro-

²³⁰ *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995. Originalmente, el ensayo fue publicado en la prestigiosa revista *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, de 15 de diciembre de 1890, con el título "The Right to Privacy".

²³¹ *El derecho a la intimidad, cit.*, pp. 26 y 27.

so— la abundante información que de cada persona se encuentra registrada en bases de datos de empresas o de otros particulares (por ejemplo, todos los consumos que hacemos con tarjeta de crédito, todos los lugares de Internet que visitamos desde la computadora de nuestra casa, nuestro historial médico si nos hacemos atender por un doctor particular, el registro de nuestras propiedades si solicitamos un crédito, nuestras cuentas bancarias y los arreglos de nuestros pleitos extrajudiciales, por mencionar solamente algunas posibilidades).

Y lo anterior tiene que ver con cuestiones de la vida diaria a las que accedemos voluntariamente (nadie nos obliga a tener una tarjeta de crédito, a utilizar Internet o a consultar un determinado médico y no a otro); pero a ello debe sumarse el peligro que suponen los métodos de invasión de la intimidad que se pueden desarrollar incluso contra nuestra voluntad; las intervenciones telefónicas, la captación de imágenes con cámaras de gran potencia, la colocación de micrófonos y otras prácticas que, al menos en el caso de México, no pertenecen ni mucho menos al ámbito de la ciencia ficción, sino que con frecuencia son empleadas para vulnerar la esfera de intimidad de las personas.

En parte, mucho de lo anterior tiene que ver con el importante valor económico que tiene la información que puede obtenerse de nuestros datos personales. ¿Cuánto vale para una aseguradora el tener acceso a los expedientes médicos de quienes van a contratar una póliza de seguro?, ¿cuánto vale para una empresa de mercadotecnia obtener el perfil de gasto de todos los usuarios de un determinado sistema de tarjetas de crédito (*Visa, Mastercard, American Express*, etcétera)? Ese valor es el que ha despertado la voracidad de algunas instituciones para tener acceso a nuestra intimidad y ese el riesgo al que debe hacer frente el derecho constitucional de nuestro tiempo.²³²

Mucha de la información que se acaba de mencionar pasa a manos del Estado o de los órganos públicos cuando la Iglesia deja de ejercer actos de registro público; Pérez Luño describe este proceso histórico con las siguientes palabras:²³³

hasta la Revolución francesa la información que los Estados poseían de sus ciudadanos era prácticamente nula. Era la Iglesia quien, por el contrario, llevaba el registro de sus fieles, a partir de la inscripción de su bautismo, matrimonio, defunción... A medida que la complejidad funcional del Estado se desarrolla, aumenta la necesidad de documentación por parte del Estado, necesidad que ha podido realizarse hasta extremos que hace poco eran inimaginables gracias a los computadores. Se ha

²³² Sobre el valor mercantil de los datos personales, ver Sánchez, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 39 y ss.

²³³ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 339.

aludido, en el plano de lo anecdótico, que la informática estatal capaz de llegar hasta los secretos más profundos de los ciudadanos ha reemplazado, en las sociedades secularizadas de nuestro tiempo, a aquel temor propio de las sociedades religiosas primitivas a un “Ojo de Dios” que penetra en lo más recóndito del espíritu humano.

Una mención aparte merece la protección de datos relacionados con el código genético de las personas, sobre todo a partir del descubrimiento de la secuencia completa del genoma humano. Aunque es imposible entrar en este momento al estudio de una cuestión tan compleja, vale la pena simplemente dejar apuntado que se trata de una cuestión que tiene profundas implicaciones para los derechos fundamentales, particularmente para el derecho a la intimidad, y que supone riesgos potenciales muy importantes para la dignidad humana, fundamento esencial de todos los derechos.²³⁴

B. La intimidad como bien jurídico

El ámbito de protección que se genera a partir del derecho a la intimidad no es fácil de determinar; puede ser muy variable de país en país, y desde luego no es algo estático en el tiempo, sino que puede ir evolucionando de forma importante. Además, ese ámbito protegido puede ser más o menos amplio según se trate de personas públicas o privadas, e incluso si, dentro de las primeras, se trata de personajes con relevancia pública o de personas que ostentan cargos públicos. En este último supuesto el ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.²³⁵ Algunos autores proponen distinguir entre la intimidad, la privacidad y la publicidad;²³⁶ para el estudio de los derechos fundamentales lo interesante sería determinar el contenido tanto de la intimidad como de la privacidad a fin de proceder a su vez a la determinación del bien jurídico objeto de tutela por el ordenamiento jurídico.

Conforme se ha ido desarrollando, el derecho a la intimidad ha transitado de la protección de una esfera de soledad a la determinación de un ámbito protegi-

²³⁴ Para una primera introducción al tema de la intimidad de los datos genéticos, Sánchez, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, cit., pp. 85 y ss.

²³⁵ Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 105 y 106.

²³⁶ Por ejemplo, Garzón Valdés, Ernesto, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003, pp. 14 y ss.

do en las relaciones sociales.²³⁷ Por ejemplo, el derecho a la intimidad comprende la posibilidad de que una persona conozca, acceda y tenga control sobre las informaciones que le conciernen, tanto a ella como a sus familiares,²³⁸ dando lugar a lo que algunos autores han llamado el “derecho a la autodeterminación informativa”,²³⁹ que a su vez guarda estrecha relación con la protección de datos personales.

El derecho a la autodeterminación informativa supone que la persona tenga la posibilidad de elegir qué información de su esfera privada puede ser conocida o qué otra debe permanecer en secreto, así como la facultad del propio sujeto para determinar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información.²⁴⁰ Desde luego, la autodeterminación informativa no puede servir como excusa para evitar que se den a conocer conductas delictivas o para que se encubra la falta de idoneidad de una persona para ocupar un cargo público. En estos casos, el derecho a la intimidad cede frente al derecho a la información que tenemos todos para que se persigan los delitos o para conocer las aptitudes de quienes son funcionarios públicos.²⁴¹

Como ya se apuntaba, en nuestro tiempo la intimidad se ha visto crecientemente puesta en peligro por: a) el desarrollo de sistemas tecnológicos que permiten a otras personas tener gran capacidad de intrusión en nuestra vida privada; y b) por la facilidad generada por los avances tecnológicos para tener acceso a una gran cantidad de datos personales.

Ahora bien, ¿qué protege en concreto el derecho a la intimidad? La doctrina parece coincidir en el hecho de que la jurisprudencia y la experiencia teórica de

²³⁷ Pérez Luño, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en Saucá, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994, p. 314.

²³⁸ *Ibidem*, p. 315.

²³⁹ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990; *id.*, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999, pp. 35-60.

²⁴⁰ Pérez Luño, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, *cit.*, p. 317.

²⁴¹ Aunque el tema en México ha sido poco explorado, hay algún caso práctico que puso en evidencia los límites del derecho a la intimidad; la exposición del mismo y los argumentos al respecto pueden verse en Carpizo, Jorge, “Vida privada y función pública”, *Este País*, México, núm. 148, julio de 2003, pp. 37 y ss. Carpizo concluye su trabajo haciendo la siguiente reflexión: “el funcionario público tiene derecho a su vida privada e intimidad, a menos que éstas incidan en la función pública, porque entonces la sociedad tiene derecho a conocerlos por razones de interés público y porque pueden estar en peligro los derechos y las libertades de las personas. Desde luego que la regla anterior es aplicable cuando esos actos no son constitutivos de probables delitos, porque si lo son, entonces el servidor público no puede, como no puede ningún individuo, alegar que no se conozcan sus actos, porque lesionan su vida privada, su intimidad u honra” (p. 40).

los Estados Unidos han sido las que mayor grado de influencia han tenido en el tratamiento de este derecho. Conforme al derecho estadounidense, puede hablarse de violaciones a la intimidad al menos en los seis siguientes casos:²⁴²

1. Cuando se genere una intrusión en la esfera o en los asuntos privados ajenos;
2. Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado;
3. Cuando se divulguen hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública;
5. Cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajenos, y
6. Cuando se revelen comunicaciones confidenciales, como las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente o entre un creyente y un sacerdote.

En su ensayo de 1890, Warren y Brandeis ya precisaban algunas de las reglas que se debían tener en cuenta al momento de valorar si alguna conducta había transgredido o no el derecho a la intimidad; así por ejemplo, establecían las siguientes consideraciones:

a) El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general;²⁴³

b) El derecho a la intimidad no impide dar a conocer información cuando se transmita a algún órgano público, por ejemplo en el marco de un procedimiento judicial o ante una cámara legislativa;²⁴⁴

c) No se violaría el derecho a la intimidad cuando la revelación de información privada se haga en forma oral y sin causar daños especiales;²⁴⁵

d) No se vería afectado el derecho a la intimidad cuando el individuo mismo hace públicos los hechos que le afectan o consiente en que se hagan públicos;²⁴⁶

²⁴² Sigo la exposición de Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 328 y 329; sobre el mismo tema es de interés la exposición de Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 42 y ss.

²⁴³ *El derecho a la intimidad*, cit., p. 62.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 66.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 67.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 68.

e) La intimidad se puede afectar aunque los hechos privados sobre los que se informe sean verdaderos; es decir, la verdad o falsedad de los hechos no dice nada sobre la violación de la intimidad;²⁴⁷ y

f) La falta de “malicia” en quien hace pública una información no constituye una defensa ni una justificación.²⁴⁸

Hechas las anteriores consideraciones, resulta obvio que el derecho a la intimidad puede generar tensiones en el goce efectivo de otros derechos, como el derecho a la información, la libertad de expresión o la libertad de imprenta. En efecto, dicha tensión existe y ha sido la causa de una serie de métodos interpretativos que de manera paulatina (al menos en otros países) han ido precisando los alcances de cada derecho, fundamentalmente a través del sistema de la ponderación de bienes o ponderación de derechos.

Por otro lado, la tensión entre derechos aumenta o es más evidente en el caso de los funcionarios públicos o cuando se trata de personas públicas, que por su profesión o por determinaciones personales deciden poner en conocimiento del público parte de su vida privada (artistas, deportistas, personas reconocidas); no es que para ellos no exista el derecho a la intimidad (que por supuesto existe en tanto que se trata de un derecho fundamental y, por tanto, universal), pero su esfera de privacidad se encuentra reducida al tener algunas de sus actividades un cierto interés público.²⁴⁹

También puede ser objeto de alguna reducción el ámbito de intimidad de las personas que están sujetas a penas privativas de la libertad, aunque incluso en esa circunstancia el derecho sigue existiendo y su contenido esencial no puede ceder ante ningún imperativo, ni siquiera en el caso de que se argumenten cuestiones de seguridad o de mantenimiento del orden en los espacios de reclusión.²⁵⁰

Justamente por la indeterminación semántica que se deduce de los términos tan abstractos en que suele estar regulado, por los múltiples contenidos que puede tener y por las muchas formas de violación que existen, el derecho a la intimidad es uno de los derechos que mayor intervención creativa exige por

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ Al respecto, García Canales, Mariano, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 487 y ss.

²⁵⁰ Sobre la intimidad en el ámbito de la prisión, ver la sentencia del Tribunal Constitucional español 218/2002.

parte de los jueces constitucionales.²⁵¹ Conviene por esa razón, y tomando en cuenta que el uso por los abogados y tribunales mexicanos del derecho a la intimidad es todavía muy limitado, ofrecer algunos ejemplos que den cuenta del tratamiento que de ese derecho se ha llevado a cabo en otros países.

C. La protección de la intimidad en el derecho comparado

La abundante jurisprudencia estadounidense se ha encargado de precisar algunos de los extremos comentados en el apartado anterior; su estudio pormenorizado sería imposible de realizar en este momento, pero conviene simplemente mencionar que a efectos de la protección de la intimidad, aparte de lo sostenido en el caso *Griswold* y en el caso *Roe*, que ya fueron comentados en el apartado relativo a la libertad de procreación, los tribunales de Estados Unidos han entendido que constituyen hechos privados los datos médicos y los relativos a la conducta sexual de las personas; en este último caso, sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que la gente tiene derecho a conocer las actividades sexuales y los problemas médicos de servidores públicos, así como los problemas matrimoniales y las *actitudes sexuales* de los personajes famosos.²⁵²

La Suprema Corte de Estados Unidos ha considerado constitucional una ley que prohíbe publicar o dar a conocer por cualquier medio el nombre de la víctima del delito de violación, puesto que tal prohibición protege justamente el derecho a la intimidad;²⁵³ también ha considerado correcto desde el punto de vista del respeto a la Primera Enmienda que se prohíba dar a conocer la identidad y datos personales de un testigo de un crimen, puesto que en ese caso la seguridad del testigo sobrepasaba el privilegio de la libertad de prensa.²⁵⁴

El Tribunal Constitucional español se ha tenido que pronunciar en varias ocasiones sobre los alcances del derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución de 1978; por la variedad de casos que ha tenido que resolver y por la multitud de supuestos que ha ido descifrando, conviene detenernos a estudiar la jurisprudencia española sobre el derecho en cuestión.²⁵⁵

251 Un completo panorama de los pronunciamientos judiciales realizados en varios países sobre el tema puede verse en Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, cit.

252 Una exposición bastante completa al respecto en Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, cit., pp. 66 y ss.

253 Se trata del caso *Cox Broadcasting Corp. vs. Cohn*, resuelto del 3 de marzo de 1975.

254 *Time Mirror Co. Vs. Superior Court* resuelto en 1989.

255 Una obra muy completa sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho a la intimidad es la de Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitu-*

Una primera cuestión que el Tribunal ha tenido que resolver es la que se refiere al bien jurídico tutelado por el derecho a la intimidad: ¿qué es la intimidad?, ¿qué ámbitos vitales protege ese derecho?; sobre estas cuestiones de principio, el Tribunal ha sostenido que

El derecho a la intimidad... tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida... no [se] garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público... [se] garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio... [sentencias 231/1988, 134/1999 y 115/2000].

A partir de esos conceptos puede sostenerse que la intimidad está protegida frente a dos tipos de amenazas: la “acción” o intrusión en un espacio o zona propia, y el “conocimiento” o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona. Puede hablarse, en consecuencia, de una intimidad “territorial” y de una intimidad “informativa”, que también puede llamarse confidencialidad.²⁵⁶ Esta distinción es explicada por Ronald Dworkin en los siguientes términos:

A veces la privacidad es territorial: las personas tienen derecho a la privacidad en el sentido territorial cuando les es lícito hacer lo que quieran en un espacio determinado —dentro de su propia casa, por ejemplo—. A veces la privacidad alude a la confidencialidad: decimos que las personas pueden mantener sus convicciones políticas en privado, lo que significa que no tienen por qué revelar qué han votado.²⁵⁷

cional, Navarra, Aranzadi, 2002. Otros planteamientos sobre el tema pueden verse en Ruiz Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.

²⁵⁶ Mieres, Luis Javier, “Estudio introductorio”, en *id.*, *Intimidad personal y familiar*, cit., p. 24. En este trabajo Mieres logra resumir en pocas páginas y de forma realmente brillante la abigarrada problemática del derecho a la intimidad. Nos basaremos principalmente en su contenido para lo que sigue.

²⁵⁷ *El dominio de la vida...*, cit., p. 73.

La intimidad territorial protege espacios o zonas de aislamiento frente a la intrusión de extraños, lo que incluye, por ejemplo, la intimidad corporal, la cual debe ser inmune “frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento” (Sentencia 37/1989).

Por su parte, la intimidad informacional protege las informaciones relativas a la vida privada de las personas; para determinar el alcance del concepto de “información protegida” puede acudirse a dos criterios fundamentales: uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. Será información protegida objetivamente la que se considere como íntima según los estándares sociales dominantes en la medida en que se proyecta sobre los más básicos aspectos de la autodeterminación como persona. Será información protegida subjetivamente la que el titular del derecho decida voluntariamente reservar del conocimiento ajeno, con independencia de su contenido.²⁵⁸

Junto a la intimidad territorial y a la intimidad informacional, se puede hablar también del derecho a la intimidad en su dimensión de protección de la autonomía en la adopción de decisiones personales. Esta tercera dimensión sería la que permitiría proteger a toda persona de las acciones de otra que tuvieran por objetivo modificar una pauta de conducta desarrollada en el ámbito de la vida privada.²⁵⁹

Sobre los alcances del derecho a la intimidad, se debe decir que este derecho cubre no solamente un ámbito estrictamente personal, sino que se extiende también a cuestiones relacionadas con la vida familiar, ya que lo que le ocurra a nuestro cónyuge, a nuestros progenitores o a nuestros descendientes puede tener una estrecha conexión con nuestra intimidad; en este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio, y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegible [sentencias 231/1988 y 197/1991].

²⁵⁸ Sobre ambos conceptos, Mieres, “Estudio introductorio”, *cit.*, p. 25.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 29-33.

Este aspecto de la intimidad, entendida como intimidad familiar, puede utilizarse para dar legitimidad activa a los familiares de una persona ya fallecida para reclamar judicialmente, en tanto que afecta a su propio derecho.²⁶⁰

En otro aspecto de la intimidad familiar, el Tribunal Constitucional ha sostenido que ese derecho puede hacerse valer por una persona frente a sus propios familiares. Por ello, ha considerado inconstitucional el deber de los esposos de hacer de forma conjunta la declaración del impuesto sobre la renta, pues ello obligaría a los cónyuges a comunicarse recíprocamente los ingresos percibidos, lo cual violaría el derecho a la intimidad (sentencias 45/1989 y 47/2001).

El derecho a la intimidad tiene, como se acaba de ver, una proyección horizontal en la medida en que puede oponerse por un particular frente a otro particular. Además del ya mencionado caso de los familiares, el derecho a la intimidad puede oponerse también al empleador en una relación laboral, limitando por ejemplo la posibilidad de que se coloquen micrófonos o cámaras que capten indiscriminadamente las actividades de clientes y trabajadores en una área de la empresa, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha permitido en algunos casos dicha colocación cuando se demuestra necesaria y proporcional al efecto de proteger la propia actividad empresarial.

Los datos que habrá que tomar en cuenta al emitir el juicio de proporcionalidad son: *a)* el lugar del centro de trabajo donde se instalan los sistemas audiovisuales para controlar a los trabajadores (si se instalan en lugares de esparcimiento y descanso, como lo son los vestuarios, comedores, etcétera, se considera que se lesiona sin duda alguna la intimidad de los trabajadores); *b)* el carácter visible o subrepticio de la instalación; *c)* el grado de intrusividad de la instalación, tomando en cuenta para ello si el registro audiovisual es general o si se limita a actividades puntuales y concretas de los trabajadores; y *d)* la finalidad real perseguida por el empresario.²⁶¹

También en el marco del derecho a la intimidad dentro del derecho laboral, el Tribunal ha considerado no violatorias de ese derecho las pruebas psicológicas incluidas en un proceso de selección de personal, pero a condición de que: *a)* el conocimiento del perfil psicológico de la persona sea relevante para el tipo de trabajo de que se trate; *b)* las preguntas resulten congruentes con la finalidad de la prueba; y *c)* se garantice la confidencialidad de los datos personales obtenidos (Auto 272/1998).²⁶²

A los poderes públicos el derecho a la intimidad les impone tanto obligaciones de carácter negativo (no difundir información de carácter personal —datos

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 38.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 45, 52 y 53.

²⁶² *Ibidem*, p. 72.

personales— o confidencial —secreto bancario e industrial—, o bien no entrometerse en la vida privada de las personas), como obligaciones de carácter positivo, tendentes a darle una protección efectiva al derecho. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al señalar que

el derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal o familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos pueden justificar ciertas informaciones relativas a una persona o su familia sean registradas y archivadas por un poder público... [Sentencia 144/1999].

A partir de la casuística jurisprudencial desarrollada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Luis Javier Mieres ha identificado las siguientes obligaciones positivas de los poderes públicos en relación con el derecho a la intimidad:²⁶³ *a)* los poderes públicos tienen el deber de proteger la intimidad frente a inmisiones de ruidos en el ámbito domiciliario; *b)* tienen la obligación de limitar la accesibilidad a documentos y archivos públicos en los que figuren datos relativos a una persona y familia; *c)* deben adoptar dentro del marco de un proceso judicial medidas cautelares de urgencia para proteger la intimidad, dichas medidas pueden consistir en la prohibición de divulgar informaciones relativas a una persona o familia con el fin de evitar el carácter irreversible o irreparable del daño que pudiera sufrir el derecho a la intimidad de los afectados; *d)* tienen el deber de penalizar los abusos sexuales contra menores; *e)* están obligados a facilitar el acceso del interesado a los datos personales en relación con el periodo de su infancia en que estuvo a cargo de instituciones públicas; *f)* deben proveer información necesaria y apropiada a los afectados por actividades peligrosas susceptibles de tener consecuencias para la salud; y *g)* deben adoptar medidas de prevención contra ataques graves al medio ambiente que afecten al bienestar de las personas, perjudicando el desarrollo de su vida privada y familiar.

El derecho a la intimidad, en tanto que intimidad territorial, se encuentra en estrecha conexión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio y con el derecho al secreto de las comunicaciones, temas sobre los que nos detendremos en el capítulo cuarto de este libro al estudiar los derechos de seguridad jurídica. La intimidad territorial protege frente a las intrusiones en el domicilio o en las comunicaciones que no se realizan por canales abiertos, incluso si esa intrusión

²⁶³ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

se quiere realizar por medios tecnológicos que no requieren de la penetración directa en el domicilio o en el medio de comunicación (a través de la intervención de una línea telefónica, por ejemplo).²⁶⁴

La intimidad territorial entendida como protección de una zona propia y reservada con que debe contar cada persona le ha servido también al Tribunal Constitucional español para delimitar el concepto de acoso sexual en el ámbito laboral, cuyos supuestos y consecuencias son distintas de las que tiene el acoso sexual en el ámbito penal. Así pues, en el criterio del Tribunal, un requerimiento sexual o un comportamiento libidinoso hacia una persona puede lesionar su derecho a la intimidad siempre que se presenten los siguientes requisitos: *a)* el carácter objetivo de la conducta (manifestada por su intensidad, reiteración, existencia de contactos corporales o comentarios ofensivos); *b)* el rechazo explícito del afectado, incluso si dicho rechazo no se manifiesta de forma inmediata ni se dirige directamente contra el autor o autora del acoso; y *c)* la grave perturbación sufrida, que puede afectar la estabilidad o la promoción en el empleo, pero que también puede consistir en la creación de un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador.²⁶⁵

Dentro de los espacios penitenciarios, la intimidad territorial despliega sus efectos sobre todo como intimidad corporal. La intimidad se vería vulnerada si una autoridad pretende llevar a cabo una inspección corporal que afecte a las zonas íntimas del cuerpo, como sin duda lo son las cavidades corporales como boca, ano y vagina. En este sentido, el Tribunal Constitucional español considera que las autoridades penitenciarias no pueden realizar inspecciones sobre los presos o sobre sus familiares de forma indiscriminada, sino que tienen que atender a la existencia de varios datos para que la medida esté justificada. Entre esos datos están las circunstancias del propio centro penitenciario, la previa conducta de los afectados y los métodos utilizados para llevar a cabo las inspecciones (Sentencia 57/1994); bajo tales circunstancias, el Tribunal entiende que lesionan el derecho a la intimidad la orden de desnudarse y hacer flexiones (sentadillas) o el cacheo con desnudo integral en una sala para tal efecto tras una comunicación íntima (Sentencia 57/1994). No sería sin embargo inconstitucional el control consistente en desnudo integral y pase por un arco detector de metales o el sometimiento a una prueba de rayos X, siempre y cuando exis-

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 51.

tan las medidas técnicas necesarias para asegurar que la exposición a esos rayos no irá en demérito del derecho a la integridad física del sujeto.²⁶⁶

Por lo que hace al derecho a la intimidad en su vertiente de intimidad informacional, el Tribunal Constitucional ha considerado que, como regla general, las informaciones sobre una persona que pueden considerarse socialmente intrascendentes están protegidas por el derecho a la intimidad (Sentencia 115/2000); esto significa que, para difundir información sobre una persona sin su consentimiento habrá de tratarse de información que sea de interés público, entendiendo por tal no la información que demande la curiosidad ajena o la que tenga interés noticioso a juicio de los medios, sino aquella que se refiere a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (Sentencia 134/1999).

Carecen de interés público, según el Tribunal, y violan por tanto el derecho a la intimidad:²⁶⁷ *a)* la comercialización de un video en el que se incluyen imágenes de la agonía y muerte de un torero; *b)* la publicidad de la identidad y actividades de la madre natural del hijo adoptivo de una conocida artista; *c)* la divulgación de que un profesional de la arquitectura tiene SIDA; *d)* el padecimiento de una enfermedad en una parte íntima del cuerpo de un personaje muy conocido; *e)* la publicación de los cuidados estéticos y hábitos hogareños de una mujer famosa; y *f)* la reproducción de unas fotografías de una mujer desnuda, vinculada con una secta objeto de un proceso penal.

Puede darse el caso, sin embargo, que el titular del derecho preste su consentimiento para que cierta información íntima sea dada a conocer; esto sucede cuando una persona comunica a un tercero datos personales teniendo la expectativa de que ese tercero puede difundirlos.

La regla general que se debe aplicar a casos de transmisión de datos protegidos a terceros es la de que esos terceros deben mantenerlos en reserva, absteniéndose de comunicarlos; los terceros, pese a lo anterior, podrán comunicar a su vez esos datos siempre que se esté en los siguientes supuestos:²⁶⁸ *a)* si dadas las circunstancias el comunicante no tuviera una expectativa razonable de confidencialidad y a pesar de ello revela al interlocutor datos relativos a su persona (por ejemplo, si atiende la llamada de un periodista que se ha identificado como tal); y *b)* si el uso de la información obtenida es relevante para satisfacer un interés constitucional que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda resultar prevalente sobre el derecho a la intimidad (por ejemplo si se utiliza la grabación de una conversación que luego será exhibida como prueba en un

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 66.

proceso penal; o si se filma a una persona para acreditar por parte de la víctima actos de agresión sexual).

En relación con el tema de la extensión del derecho a la intimidad de los personajes públicos (cargos públicos, deportistas famosos, personajes sociales, etcétera), el Tribunal ha señalado que se debe tener en cuenta, a la hora de enjuiciar una posible violación de ese derecho, la conducta anterior que ha tenido el sujeto en relación con su vida privada; para el Tribunal, el hecho de querer convertirse en un personaje público puede suponer la asunción de un mayor riesgo de exposición de la vida privada, riesgo que asumido voluntariamente, redundará en una reducción de su zona de reserva, pero no desde luego en la pérdida del derecho a la intimidad (Sentencia 115/2000). Así por ejemplo, el Tribunal sostuvo: de la circunstancia de que una persona pertenezca a una secta que fomenta la promiscuidad sexual entre sus integrantes, no deriva el hecho de que haya perdido el poder de reserva sobre las partes íntimas de su cuerpo, por lo que la divulgación de fotografías en las que aparece desnuda constituye una violación de su derecho a la intimidad (Sentencia 156/2001).

Como garantías instrumentales del derecho a la intimidad se han creado las figuras del secreto profesional y del secreto bancario (que también tienen otras funciones, no vinculadas en todo caso solamente con el mencionado derecho). Sin esas garantías, las personas podrían sentirse disuadidas de comunicar a ciertos profesionales datos privados que son necesarios para proteger otros bienes legítimos, algunos de los cuales pueden tener incluso rango constitucional (como el derecho a la salud o el derecho a contar con la mejor defensa posible en un juicio).²⁶⁹ El Tribunal Constitucional ha extendido, en un caso concreto, el secreto profesional a la actividad de empleado o empleada del hogar, de forma que una niñera o un jardinero deben abstenerse de divulgar datos privados de los que hayan tomado conocimiento por virtud del trabajo que han desempeñado (Sentencia 115/2000).

El derecho a la intimidad se encuentra recogido en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En términos muy parecidos está redactado el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

En interpretación del artículo 17 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha dictado una observación general que contiene algunas consideraciones interesantes sobre el derecho a la intimidad.²⁷⁰ Por lo que ahora interesa, en dicha observación se manifiesta sobre algunos aspectos del derecho a la autodeterminación informativa, lo siguiente:

10. La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por los particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.

Sobre la rectificación de datos en el ordenamiento jurídico mexicano se abunda más adelante al tratar el tema del derecho a la información, en su modalidad de acceso a la información pública.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la intimidad se protege en el artículo 8o. cuyo texto establece que:

1. Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia.

2. No habrá injerencias por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, salvo en la medida en que lo prevea el derecho y sea necesario en una sociedad democrática para salvaguardar los intereses de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del delito, para la protección de la salud o de la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás.

²⁷⁰ Se trata de la Observación General núm. 16, adoptada en el 32o. periodo de sesiones, en 1988, consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 416-419.

A partir del citado artículo 8o., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado varias sentencias en las que, partiendo del concepto de vida privada, ha dado una amplia protección al derecho a la intimidad. Así, el Tribunal ha considerado que unas leyes de Irlanda dictadas durante el siglo XIX que penalizaban las relaciones homosexuales, violaban la vida privada de las personas y, en consecuencia, eran contrarias al artículo 8o. (*Caso Dudgeon contra Reino Unido*, sentencia del 22 de octubre de 1981).

En otro caso, dicho Tribunal ha considerado que la legislación penal holandesa violaba el artículo 8o. al no ofrecer protección suficiente contra los abusos sexuales en contra de una persona menor de edad que presentaba una disminución síquica (*Caso X e Y contra Países Bajos*, sentencia del 26 de marzo de 1985). También se ha considerado violatorio del artículo 8o. un registro en el despacho de un abogado por parte de las autoridades alemanas; en este caso, el Tribunal extiende el concepto de vida privada hacia las actividades profesionales o comerciales (*Caso Niemitz contra Alemania*, sentencia del 16 de diciembre de 1992). Estos son solamente algunos ejemplos de la gama relativamente amplia de cuestiones que ha abordado el Tribunal Europeo y que, tal vez, puedan servir para fortalecer la protección del derecho a la intimidad en el derecho constitucional mexicano.²⁷¹

2. Derecho al honor

La doctrina parece coincidir en que existen dos posibles vías para determinar el concepto de honor que se tutela por los textos constitucionales modernos y por algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. La primera sería de carácter objetivo o factual, a partir de la cual el honor de una persona guardaría estrecha relación con la reputación social que la misma tuviera; la reputación, desde este punto de vista, sería algo contrastable en términos de verdad o falsedad y remitiría a una consideración sociológica.²⁷² La segunda vía es de carácter subjetivo y está determinada por el concepto de honor que tenga respecto de sí mismo un sujeto; es decir, el honor, en este segundo supuesto, se identificaría con la propia estimación, con la autoestima.²⁷³

La violación del derecho al honor puede dar lugar a la figura penal o civil del ultraje, la que no debe ser confundida con la difamación. La difamación en sentido estricto consiste en una imputación falsa sobre la conducta de una persona,

²⁷¹ Otras sentencias interesantes pueden encontrarse en el libro de Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar*, cit., pp. 285 y ss.

²⁷² Coderch, Pablo Salvador, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 56 y 57.

²⁷³ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

pero que resulta creíble para personas razonables; el ultraje, por el contrario, no es susceptible de valoración en términos de verdad o falsedad, y para que se configure no se requiere que su contenido sea creíble, pues ese no es un presupuesto para la causación de un daño.²⁷⁴

La lesión del honor se produce cuando se afecta la dignidad de una persona, a través del menoscabo sobre el reconocimiento que los demás tienen de ella, de su integridad moral o del prestigio, consideración o imagen social.

El Tribunal Constitucional español ha explorado en varias de sus sentencias el contenido y los alcances protectores del derecho al honor.²⁷⁵ Así, por ejemplo, lo ha asociado con el derecho a la buena reputación; la doctrina apunta que tales conceptos tienen una “ambigüedad considerable” y ponen de manifiesto la necesidad de ser entendidos en su proyección sobre ámbitos concretos de la realidad social, como el “prestigio profesional”.²⁷⁶

Aunque en principio podría pensarse que la titularidad del derecho al honor corresponde a las personas físicas, en la jurisprudencia comparada se encuentran algunos casos que reconocen un derecho al honor de ciertos colectivos o incluso a entidades indeterminadas de personas. Ese fue el criterio que el Tribunal Constitucional español mantuvo en el conocido *Caso Friedman*, en el que una persona había sostenido opiniones ofensivas para la señora Violeta Friedman, quien había estado prisionera en campos de concentración nazis y en los que además habían muerto personas de su círculo familiar íntimo.

En su sentencia (la 214/1991), el Tribunal Constitucional comienza afirmando que el derecho al honor tiene un carácter personalista, en tanto que es referible a personas individualmente consideradas, por lo cual se hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas; sin embargo, sostiene el Tribunal, también se puede apreciar una lesión del derecho al honor siempre que los ataques se refieran a un colectivo de personas más o menos amplio, cuando los mismos trasciendan a sus miembros. Lo que vino a decir el Tribunal en esa sentencia, que luego fue precisado en la Sentencia 176/1995 del mismo órgano, es que el pueblo judío en su conjunto tiene derecho al honor y que para

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

²⁷⁵ Un repaso de las correspondientes sentencias y de los métodos interpretativos que se han aplicado puede verse en Ortega Gutiérrez, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 101 y ss.

²⁷⁶ Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *cit.*, p. 105; sobre algunos temas en torno a la titularidad del derecho al honor, ver Aragón, Manuel, “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III, pp. 1505 y ss.

defenderlo tendrían legitimidad activa todos y cada uno de sus integrantes, en la medida en que los ataques se resolvían en invectivas, improprios y descalificaciones globales, que afectan al conjunto de personas identificables como miembros de ese colectivo humano.

Por su novedad, son pocas las interpretaciones judiciales que nuestros tribunales han hecho de los derechos estudiados en este apartado. De entre las existentes puede citarse la siguiente, dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en donde conceptos muy cercanos al derecho al honor, como son la probidad personal y el modo honesto de vivir, adquieren relevancia para el ejercicio de los derechos político-electorales:

ANTECEDENTES PENALES. SU EXISTENCIA NO ACREDITA, POR SÍ SOLA, CARENIA DE PROBIDAD Y DE UN MODO HONESTO DE VIVIR. El hecho de haber cometido un delito intencional, puede llegar a constituir un factor que demuestre la falta de probidad o de honestidad en la conducta, según las circunstancias de la comisión del ilícito, pero no resulta determinante, por sí solo, para tener por acreditada la carencia de esas cualidades. El que una persona goce de las cualidades de probidad y honestidad se presume, por lo que cuando se sostiene su carencia, se debe acreditar que dicha persona llevó a cabo actos u omisiones concretos, no acordes con los fines y principios perseguidos con los mencionados valores. En el caso de quien ha cometido un delito y ha sido condenado por ello, cabe la posibilidad de que por las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de ilícitos, se pudiera contribuir de manera importante para desvirtuar esa presunción; sin embargo, cuando las penas impuestas ya se han cumplido o extinguido y ha transcurrido un tiempo considerable a la fecha de la condena, se reduce en gran medida el indicio que tiende a desvirtuar la presunción apuntada, porque la falta cometida por un individuo en algún tiempo de su vida, no lo define ni lo marca para siempre, ni hace que su conducta sea cuestionable por el resto de su vida. Para arribar a la anterior conclusión, se toma en cuenta que en el moderno Estado democrático de derecho, la finalidad de las penas es preponderantemente preventiva, para evitar en lo sucesivo, la transgresión del orden jurídico, al constituir una intimidación disuasoria en la comisión de ilícitos y como fuerza integradora, al afirmar, a la vez, las convicciones de la conciencia colectiva, función que es congruente con el fin del Estado democrático de derecho, que se basa en el respeto de la persona humana. Así, el valor del ser humano impone una limitación fundamental a la pena, que se manifiesta en la eliminación de las penas infamantes y la posibilidad de readaptación y reinserción social del infractor, principios que se encuentran recogidos en el ámbito constitucional, en los artículos 18 y 22, de los que se advierte la tendencia del sistema punitivo mexicano, hacia la readaptación del infractor y, a su vez, la prohibición de la marca que, en términos generales, constituye la impresión de un signo exterior para señalar a una persona, y con esto, hacer referencia a una determinada situación de ella. Con esto, la marca define o fija en una persona una determinada calidad que, a la vista de todos los demás, lleva implí-

cita una carga discriminatoria o que se le excluya de su entorno social, en contra de su dignidad y la igualdad que debe existir entre todos los individuos en un Estado democrático de derecho. Por ende, si una persona comete un ilícito, no podría quedar marcado con el estigma de ser infractor el resto de su vida, porque ello obstaculizaría su reinserción social. En esa virtud, las penas que son impuestas a quien comete un ilícito no pueden tener como función la de marcarlo o señalarlo como un transgresor de la ley ni, por tanto, como una persona carente de probidad y modo honesto de vivir; en todo caso, la falta de probidad y honestidad pudo haberse actualizado en el momento en que los ilícitos fueron cometidos; pero si éstos han sido sancionados legalmente, no podría considerarse que esas cualidades desaparecieron para siempre de esa persona, sino que ésta se encuentra en aptitud de reintegrarse socialmente y actuar conforme a los valores imperantes de la sociedad en la que habita. Tercera época: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-020/2001. Daniel Ulloa Valenzuela. 8 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-303/2001. Partido Acción Nacional. 19 de diciembre de 2001. Unanimidad de seis votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-011/2002. Partido Acción Nacional. 13 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Sala Superior, tesis S3ELJ 20/2002.

En un pronunciamiento que se puede calificar por lo menos como curioso, nuestro Poder Judicial federal ha intentado definir el concepto de honor en el ámbito militar; se trata de la siguiente tesis:

HONOR, CONCEPTO DE, EN LA LEGISLACIÓN MILITAR. Por honor se entiende la buena reputación, que se adquiere por la virtud y probidad, así como por la honestidad y recato de la mujer, que es la base de la familia, la cual se integra con la parentela inmediata, padre, madre, cónyuge e hijos, por lo que si el activo realizaba el acto sexual en un lugar con acceso al público, con la esposa de un superior jerárquico, provocando que el cónyuge ofendido se enterara y encontrara a los protagonistas del acto en ese preciso momento, y por ello golpeó a su inferior jerárquico lesionándolo, y sacó a jalones a su esposa, causándose conmoción social producida por el escándalo, es evidente que se lesionó la reputación de la familia del cónyuge ofendido, porque afectó la composición ética de ésta, dañando también la moral pública; por tanto el quejoso infringió un deber contra el decoro y la ética militar que su condición de cabo de infantería le imponía, violando con ello las normas militares contenidas en los artículos 382 del Código de Justicia Militar y 44 del Reglamento General de Deberes Militares. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 13/88. Luis Figueroa Martínez. 25 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Martha Leonor Bautista de la Luz. Octava época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-1, enero a junio de 1988, p. 326.

3. *Derecho a la propia imagen*

El derecho a la propia imagen se entiende como “una garantía frente a la captación, reproducción, filmación o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, así como la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales”.²⁷⁷ Es decir, lo que está protegiendo el derecho a la propia imagen es la libertad de cada persona para decidir en qué casos y bajo qué circunstancias su imagen puede ser recogida por algún medio electrónico o físico; es un derecho de autonomía, que se considera esencial para el desarrollo de la propia personalidad.

Desde luego, el derecho a la propia imagen debe armonizarse con la libertad de expresión e imprenta, de forma que no podrá invocarse para evitar la captación de la imagen de una persona que se encuentre en un lugar abierto al público y siempre también que la transmisión de la misma obedezca a un interés informativo de carácter general, necesario para la conformación de la opinión pública.

De igual forma, el derecho a la propia imagen no es obstáculo para captar y reproducir la imagen de los funcionarios públicos o de personajes de relevancia pública, siempre que se respete su derecho a la intimidad y que no concurren circunstancias violatorias en sí mismas del derecho a la propia imagen. En este supuesto se ubicaría un caso en que se tomara la imagen de un funcionario público para promocionar comercialmente un producto sin su autorización. Esto significa que el derecho a la propia imagen puede ceder si se enfrenta a otro derecho de rango constitucional como lo puede ser la libertad de expresión (que además, como ya se ha visto, tiene un valor prevalente frente a otros derechos), para efectos de preservar la institución de la opinión pública libre; pero no debe ceder frente a un mero interés mercantil que es el que se ejerce al explotar comercialmente la imagen de alguna persona.²⁷⁸

En la actualidad, el derecho a la propia imagen ha ido tomando un significado estrictamente comercial, en el sentido de constituir un límite a las posibilidades de lucro de alguna empresa que utilice sin su consentimiento la imagen

²⁷⁷ Cruz Villalón y Pardo Falcón, “Los derechos...”, *cit.*, p. 107. Los mismos autores afirman que “el derecho a la propia imagen probablemente esté llamado a ser uno de los más representativos del siglo XXI, suscitándose la hipótesis, si no del reconocimiento de un eventual derecho al anonimato, sí de la relevancia que al deseo de cualquier persona de permanecer en el anonimato ha de otorgársele dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la propia imagen” (p. 107). Un estudio monográfico sobre el tema puede encontrarse en Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, *cit.*

²⁷⁸ Coderch, Pablo Salvador, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 329.

de ciertos personajes conocidos o de relevancia pública. Es decir, se ha constituido como una derivación de los derechos de autor, por así decirlo; de forma que la imagen puede ser objeto de transacción y de hecho constituye una fuente de ingresos para muchas personas en determinados ámbitos sociales. El derecho a la propia imagen se ha *patrimonializado*.

En todo caso, hay que subrayar que se trata de un derecho vinculado a principios esenciales del Estado constitucional (como el de autonomía o el de dignidad de las personas), que no puede ser trivializado por el mero hecho de que algunas personas se dediquen a lucrar con la imagen propia y ajena. Para las personas que no lo hacen sigue siendo esencial contar con ese ámbito protegido que impide que otra persona pueda captar, reproducir o utilizar de cualquier forma nuestra propia imagen.

X. LAS LIBERTADES DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN (ARTÍCULO 9o.)

El artículo 9o. de la Constitución mexicana de 1917 contempla dos derechos fundamentales distintos: el de reunirse y el de asociarse. Su texto es el siguiente:

No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto o una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

En lo siguientes dos apartados se estudia cada uno de estos derechos por separado, ya que se trata de derechos que, a pesar de estar regulados en un mismo precepto constitucional, tienen diferencias importantes entre ellos, como se verá en seguida.

1. *Libertad de reunión*

El derecho de reunión implica la libertad de todos los habitantes de la República para poder congregarse con otros con cualquier finalidad y objeto, siempre que dicha reunión sea de carácter pacífico y tenga un objeto lícito. Si se trata de reuniones de carácter político (es decir, que tengan relación directa con la

celebración de las campañas electorales o con la emisión de los sufragios o, en general, con los procesos electorales), solamente podrán participar los ciudadanos mexicanos.

La libertad de reunión conlleva la obligación para las autoridades públicas de no entorpecer la realización de cualquier congregación, siempre que reúna los requisitos que se encuentran en el texto del artículo 90.; esto quiere decir que ninguna autoridad puede disolver una manifestación o asamblea, como lo precisa, justamente, el segundo párrafo del mismo artículo 90.

El derecho de reunión se encuentra, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, a medio camino entre la libertad de expresión y el derecho de asociación:

Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo —una agrupación de personas—, el temporal —de duración transitoria—, el finalístico —licitud de la finalidad— y el real u objetivo —lugar de celebración— [Sentencia 85/1988].

Retomando las ideas de la sentencia que se acaba de exponer, puede decirse que el derecho de reunión es un derecho individual si se contempla desde el punto de vista de su titularidad, pero su ejercicio es de carácter colectivo, pues para que pueda haber una reunión (objeto de tutela de la disposición del artículo 90.) tiene que haber al menos dos sujetos. La reunión supone un ámbito temporal transitorio en el ejercicio del derecho, pues una reunión de carácter permanente se asemejaría más, quizá, a una asociación. Además, la finalidad tiene que ser jurídicamente admisible. Y en cuanto al lugar de celebración, conviene hacer algunas precisiones particulares, pues la problemática al respecto no es del todo sencilla.

Para empezar, hay que señalar que el derecho de reunión se debe compatibilizar con otros derechos; para efectos del lugar en que se pueden realizar las reuniones, hay que distinguir entre las que se llevan a cabo en lugares públicos y las que se realizan dentro de propiedades privadas. Para efecto de las segun-

das, se debe tomar en cuenta el derecho de propiedad, de forma tal que si la reunión se va a celebrar dentro de una propiedad privada, se debe tener el consentimiento del titular de dicho derecho.

Como lo señala Juan María Bilbao,

los ciudadanos no tenemos derecho a reunirnos en el lugar que mejor nos parezca (en el domicilio de otra persona, por ejemplo), sin contar con la autorización o el consentimiento de quien jurídicamente tiene atribuida la facultad de disponer de ese local o espacio abierto. Otros derechos de rango fundamental (derecho de propiedad, inviolabilidad del domicilio, libertad de empresa) condicionan el ejercicio del derecho de reunión. En realidad, la disponibilidad del lugar escogido para celebrar la reunión es el presupuesto objetivo para poder ejercer el mencionado derecho.²⁷⁹

Para las reuniones que se lleven a cabo en lugares públicos, no se debe requerir ningún tipo de autorización; aunque en México la Constitución no lo establece, en el derecho comparado se encuentra evidencia para sugerir que la realización de reuniones en lugares públicos puede suponer para los que las convocan la obligación simplemente de avisar a la autoridades de que dicha reunión se va a llevar a cabo, para el único efecto de que éstas puedan a su vez hacerlo del conocimiento del resto de los ciudadanos y tomar las precauciones necesarias para conservar el orden público.

En este contexto, se puede citar el artículo 21 de la Constitución española, en cuyo párrafo segundo se dispone que “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”; la legislación que desarrolla este precepto se encarga de señalar que

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo... Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación... podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.²⁸⁰

²⁷⁹ *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid, CEPC, 1997, p. 820.

²⁸⁰ Artículo 8o. de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión. Para la interpretación de esta Ley, González Pérez, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002.

Sobre este tema el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos; posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público. El valor preeminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la Constitución conceda poderes a la autoridad para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión, para poder conocer su alcance y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar u modificar su emplazamiento y tomar las medidas de seguridad que fueran precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan [Sentencia 36/1982].

Un problema especial se genera cuando el derecho de reunión quiere ejercerse dentro del espacio de una empresa, a través de la reunión de sus trabajadores. En este punto, la jurisprudencia comparada parece reconocerle al empresario el derecho de mantener ciertas reglas dentro de su establecimiento, de forma que las reuniones no se podrían llevar a cabo —bajo ese concepto, al menos— dentro de los horarios de trabajo.²⁸¹ Cuestión distinta sería que, en ejercicio de alguna prerrogativa derivada de derechos de signo estrictamente laboral (como el derecho de sindicación) se convocara a alguna reunión, pero en todo caso se trataría del ejercicio de un derecho que cuenta con una distinta cobertura constitucional y con un diferente régimen legal.

El derecho de reunión, y particularmente las manifestaciones públicas, generan para las autoridades algunas obligaciones. En primer término la obligación de no entorpecer, reprimir o prohibir la manifestación. Pero también le suponen la obligación de proteger el ejercicio del derecho frente a agresiones de terceros, puesto que, como señala Tomás R. Fernández, “el derecho a manifestarse no es siquiera concebible si no se asegura de forma adecuada frente al riesgo de contramanifestaciones”.²⁸²

²⁸¹ Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español señala que “el ejercicio del derecho de reunión... ha de ajustarse a determinadas reglas y límites cuando tiene lugar en el seno de la empresa, pues ha de compatibilizarse con los derechos y obligaciones que nacen de la relación de trabajo y, en particular, con los derechos del empresario en cuanto a la dirección y organización del trabajo y sobre los locales y útiles de la empresa”, Auto 869/1988.

²⁸² Citado por González Pérez, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, cit., pp. 103 y 104.

Las autoridades también deben generar las condiciones para que el ejercicio del derecho de reunión no signifique la violación de otros derechos fundamentales; en este punto, tan delicado, se debe realizar un ejercicio de ponderación entre derechos, de forma que se asegure —en la medida de lo posible— la maximización de todos los derechos en conflicto.

Particularmente compleja es la relación entre el derecho de manifestación y la libertad de tránsito, pues si el primero se ejerce en la vía pública el segundo puede correr algún tipo de riesgo, sobre todo en las grandes urbes en las que los problemas de tráfico son parte de la cotidianidad. Desde luego, la libertad de tránsito no supone el derecho de pasar por donde queramos o de hacerlo en el momento en que nos parezca más oportuno, pero también es cierto que la oclusión completa de una vía de circulación principal, a determinadas horas del día, puede generar un caos de enormes proporciones.

La proporcionalidad exigiría, en este punto, que las reuniones que se celebren en la vía pública no impidan por completo la circulación (por ejemplo, que dejen libre al menos un carril para el paso de los automóviles), o que a ciertas horas no pudieran discurrir por las arterias viales más importantes (la limitación horaria debe ser, a su vez, muy limitada, porque de otra forma estaría vaciando de contenido el derecho de reunión; por ejemplo, si se dijera que en una avenida muy importante las manifestaciones solamente se podrán realizar entre las 2 y las 3 de la madrugada; esta limitación, evidentemente, no sería proporcional y por tanto violaría la libertad de reunión).

En todo caso, hay que recordar que el derecho es un instrumento para permitir la convivencia social pacífica, y que en la consecución de ese objetivo se deben emprender esfuerzos para lograr armonizar de la mejor forma posible el ejercicio de los derechos fundamentales. Por eso es que sería importante contar con una o varias leyes reguladoras del derecho de reunión, siguiendo los modelos de las que ya existen en otros países.

2. Libertad de asociación

Por su parte, el derecho de asociación consiste en la libertad de todos los habitantes para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Kelsen llamaría un “centro de imputación de derechos y obligaciones”, con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito. De nuevo hay que decir que en materia política solamente los ciudadanos de la República podrán ejercer esta libertad,

que tampoco les ha sido concedida a los ministros de culto religioso de acuerdo con el artículo 130 inciso e).

La libertad de asociación tiene un papel esencial en la conformación de las democracias modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida una personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines. La participación asociativa incrementa el sentimiento cívico de los ciudadanos, les permite incidir de forma más directa en las decisiones importantes de su comunidad y refuerza los vínculos amistosos e incluso familiares. La participación asociativa es una de las formas más importantes de creación de lo que se ha denominado el “capital social”.²⁸³

Tiene razón Peter Häberle cuando escribe que la libertad de asociación es “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*”;²⁸⁴ en el mismo sentido, pero muchos años antes, Alexis de Tocqueville escribía que “Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece casi tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma”.²⁸⁵

La diferencia entre la libertad de reunión y la de asociación consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una y otra. En tanto que, como ya se ha mencionado, la libertad de reunión despliega sus efectos mientras físicamente se encuentran reunidas las personas que la ejercen, la libertad de asociación se proyecta con efectos temporales más extendidos, en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta de la que corresponde a las personas que la ejercen.

Las libertades mencionadas se encuentran reconocidas en muchas declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de 1948 (artículo 20), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8o.), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículos 15 y 16) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical.

²⁸³ La caracterización sociológica del asociacionismo y su relación con el capital social puede verse en el importante libro de Putnam, Robert, *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.

²⁸⁴ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998, p. 79 (cursivas del autor).

²⁸⁵ *La democracia en América, cit.*, pp. 209 y 210.

Algunas de estas declaraciones aportan matices importantes a lo señalado en la Constitución y, en virtud de que conforman lo que el artículo 133 llama la “Ley Suprema de toda la Unión”, deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar el artículo 9o.

En algunos otros preceptos de la Constitución se detallan las formas concretas que puede tomar en derecho de asociación; por ejemplo, en el artículo 41 se habla de las asociaciones que toman la forma de “partidos políticos” y cuya función, entre otras, consiste en constituirse como vehículos para que los ciudadanos puedan tener acceso a la funciones representativas; de la misma forma, en el artículo 123 se prevén los sindicatos obreros y las asociaciones profesionales. La libertad de asociación política se reitera, además, en el artículo 35, fracción III de la misma Constitución. El artículo 130 se refiere a las iglesias y asociaciones religiosas, las cuales desde luego tienen una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros.

A luz de lo anterior, quizá sea oportuno distinguir entre el régimen jurídico de *las asociaciones en general* (que sería el que estaría tutelado por el artículo 9o.) y el régimen jurídico de *ciertas asociaciones en particular* (que tendría un distinto marco de protección constitucional).

La exigencia de que las libertades de reunión y asociación tengan un objeto lícito como lo menciona el artículo 9o. constitucional, debe interpretarse en forma muy restrictiva, pues si bien el Código Civil Federal proporciona un concepto de ilicitud (su artículo 1830 establece: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”), dicho concepto puede o no ser adecuado a las exigencias de una sociedad democrática, en la que el legislador, si bien puede interpretar con bastante amplitud los mandatos constitucionales, no puede hacer con ellos lo que quiera, por ejemplo anulándolos a través de una legislación restrictiva en materia de derechos fundamentales.

Por ello, deben evitarse en la legislación secundaria las referencias a la licitud como conformidad con “las buenas costumbres” o “las leyes de orden público” o cualquier expresión o concepto semejante: lo correcto es entender que es ilícito todo acto que vaya en contra de la ley; dicha ley, para no ser inconstitucional, no puede limitar un derecho fundamental a menos que: *a)* sea necesario para preservar otro derecho del mismo rango; *b)* sea necesario para garantizar el igual goce por otras personas del mismo derecho; y *c)* la limitación se desprenda de un mandato constitucional concreto, es decir, que esté prevista directamente por el texto constitucional y el legislador se limite a recogerla en la ley.

Incluso, para reducir al mínimo la posibilidad de intervenciones arbitrarias de las autoridades sobre la libertad de asociación, la ilicitud debería reducirse al campo del derecho penal; es decir, solamente pueden considerarse ilícitas aquellas asociaciones que realicen conductas previstas como delictivas por la ley; incluso, a la hora de dictar leyes penales, el legislador debe de cuidarse de no vulnerar el contenido esencial del derecho de asociación; lo cual supone, como señalan González Pérez y Fernández Farreres, que

el legislador no puede tipificar delitos estrictamente asociativos, es decir, delitos cuyo ámbito de aplicación se circunscriba únicamente a las asociaciones, de manera que el fin perseguido, o el medio utilizado, por la asociación ha de encontrarse tipificado como delito con carácter general —y no específicamente por relación a las asociaciones— si se pretende sancionar como delictiva a la asociación que persiga ese fin o utilice ese medio.²⁸⁶

Si la anterior observación se considera oportuna y, en consecuencia, se limita la ilicitud de una asociación al ámbito penal, se podría considerar que tienen carácter ilícito las asociaciones que: *a)* tengan por objeto cometer un delito o que promuevan su comisión; *b)* los grupos y bandas terroristas o paramilitares; *c)* las que empleen medios violentos para lograr sus objetivos, y *d)* las que promuevan la discriminación, la xenofobia o el odio racial.

En México, la jurisprudencia ha señalado que la carga de la prueba para demostrar la ilicitud de una asociación recae en la autoridad:

Si la autoridad responsable no rinde prueba alguna que demuestre que una asociación tiene fines ilícitos, viola la garantía que consagra el artículo 9o. constitucional, si pretende coartar a los integrantes de aquélla, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, como lo es el puramente recreativo, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXVII, quinta época, segunda sala, p. 2096.

En otro asunto, la Suprema Corte se ha pronunciado sobre los alcances de la libertad de asociación al estudiar la constitucionalidad del artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria que preveía la afiliación obligatoria para cierto género de comerciantes. En su sentencia, la Corte afirma que la esfera de protección derivada del artículo 9o. constitucional puede operar en tres posibles direcciones:

1. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2. Derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y 3. Derecho de

²⁸⁶ *Derecho de asociación, cit.*, p. 112.

no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional. *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. II, octubre de 1995, p. 5.

Es importante subrayar algo obvio, pero que vale la pena repetir: la libertad de asociación comporta la facultad del sujeto para ingresar a una asociación, pero también supone la posibilidad de salir de ella cuando lo considere oportuno; es decir, la libertad de asociación, para ser tal, nunca debe convertirse en algo obligatorio, ni para efecto del ingreso ni para efecto de la salida de una asociación (a menos que la obligación esté establecida directamente por el texto constitucional, como sucede con los colegios profesionales en España, aunque en este caso lo que es obligatorio es el ingreso, pero no la permanencia, puesto que dichos colegios pueden abandonarse en el momento que se quiera, con la consecuencia, sin embargo, de que ya no se podrá ejercer la actividad profesional que rigen los mismos colegios). La Declaración Universal de 1948 lo establece con meridiana claridad en su artículo 20.2: “Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación”.

La diferentes manifestaciones de la libertad de asociación quedan también muy bien reflejadas en el artículo 2o. de la Ley Orgánica 1/2002 sobre derecho de asociación vigente en España; su contenido, en los párrafos que ahora interesan, establece que:

2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida.

5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

6. Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares como medida de fomento y apoyo siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

7. Las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

La doctrina española ha llamado la atención sobre las dificultades que en la práctica pueden surgir al momento de intentar ponderar hasta dónde puede llegar la autonomía de las asociaciones frente al mandato de que su organización y funcionamiento interno sean democráticos.²⁸⁷ Su Tribunal Constitucional ha señalado que

La potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los Estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de los socios. La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y permanecer unidos para cumplir los fines sociales, y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos. Y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación, cuya voluntad se expresa por los Acuerdos de sus órganos rectores, valore como lesiva a los intereses sociales [Sentencia 218/1988].

Particularmente grande puede ser esa tensión cuando la asociación de que se trata es un partido político. Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

El precepto constitucional que consagra de modo genérico el principio de democracia interna admite muy diversas concreciones, ya que los modelos de organización partidista democrática que caben dentro del mencionado principio constitucional son muy diversos, tanto como dispares pueden ser, en contenido y en intensidad, los derechos, y en general, el estatuto jurídico que puede atribuirse a los afiliados en orden a garantizar su participación democrática.... el legislador deberá respetar, además naturalmente del contenido esencial del derecho de participación democrática, el contenido de otros derechos como los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido, un derecho, este último, que tiende, precisamente, a preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los poderes públicos en la organización y funcionamiento interno de los partidos [Sentencia 56/1995].²⁸⁸

En esa misma sentencia, el Tribunal entiende que la democracia interna exige

²⁸⁷ González Pérez y Fernández Farreres, *Derecho de asociación*, cit., pp. 127 y ss.

²⁸⁸ Un análisis detallado de esta sentencia puede verse en Coderch, Pablo Salvador y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 74 y ss.

que los partidos rijan su organización y funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y, en suma... mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido.

Sobre la regulación constitucional del derecho de asociación en materia política consistente en la libertad de crear partidos políticos y actuar en su vida interna, existen en México algunas tesis jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que tienen interés para nuestro tema; entre ellas se pueden citar al menos las siguientes:

DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES. El derecho de afiliación político-electoral establecido en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con lo dispuesto en el artículo 5o., párrafos 1 y 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es un derecho fundamental con un contenido normativo más específico que el derecho de asociación en materia política, ya que se refiere expresamente a la prerrogativa de los ciudadanos mexicanos para asociarse libre e individualmente a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas, y si bien el derecho de afiliación libre e individual a los partidos podría considerarse como un simple desarrollo del derecho de asociación en materia política, lo cierto es que el derecho de afiliación —en el contexto de un sistema constitucional de partidos como el establecido en el citado artículo 41 constitucional— se ha configurado como un derecho básico con caracteres propios y, por tanto, con mayor especificidad que el derecho de asociación y está garantizado jurisdiccionalmente, mediante el sistema de medios de impugnación en materia electoral previsto en el artículo 41, fracción IV, primer párrafo, *in fine*, en relación con lo dispuesto en el artículo 99, fracción V, de la Constitución federal. Además, el derecho de afiliación comprende no sólo la potestad de formar parte de los partidos políticos y de las asociaciones políticas, sino también la prerrogativa de pertenecer a éstos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia; en particular, el derecho fundamental de afiliación político-electoral consagrado constitucionalmente faculta a su titular para afiliarse o no libremente a un determinado partido político, conservar o ratificar su afiliación o, incluso, desafiliarse. Del mismo modo, la libertad de afiliación no es un derecho absoluto, ya que su ejercicio está sujeto a una condicionante consistente en que sólo los ciudadanos mexicanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Igualmente, si el ejercicio de la libertad de afiliación se realiza a través de los institutos políticos, debe cumplirse con las formas específicas reguladas por el legislador para permitir su intervención en el proceso electoral. Tercera época: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-117/2001. José Luis Amador Hurtado. 30

de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-127/2001. Sandra Rosario Ortiz Noyola. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-128/2001. Dora Soledad Jácome Miranda. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Sala Superior, tesis S3ELJ 24/2002.

DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. El derecho de asociación en materia político-electoral es un derecho fundamental consagrado en el artículo 35, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación del gobierno. La libertad de asociación, que subyace a ese derecho, constituye una *conditio sine qua non* de todo Estado constitucional democrático de derecho, pues, sin la existencia de este derecho fundamental o la falta de garantías constitucionales que lo tutelen, no sólo se impediría la formación de partidos políticos y de asociaciones de diversos signos ideológicos, sino que el mismo principio constitucional de sufragio universal, establecido en forma expresa en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución federal, quedaría socavado; por lo tanto, el derecho de asociación en materia político-electoral está en la base de la formación de los partidos políticos y asociaciones políticas. Sobre el particular, es necesario dejar establecido que todo ciudadano mexicano tiene derecho a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; específicamente, es derecho de los ciudadanos mexicanos constituir partidos políticos nacionales y agrupaciones políticas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9o.; 35, fracción III; 41, fracciones I, párrafo segundo *in fine*, y IV; y 99, fracción V, de la Constitución Federal, así como 5o., párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Así, en ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral, los ciudadanos pueden formar partidos políticos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley. El ejercicio de la libertad de asociación en materia política prevista en el artículo 9o. constitucional está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las primeras es-

tán dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos, lo cual es acorde con lo previsto en el artículo 33 de la Constitución Federal. Asimismo, si el ejercicio de esa libertad política se realiza a través de los partidos políticos, debe cumplirse con las formas específicas que se regulen legalmente para permitir su intervención en el proceso electoral. Tercera época: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-117/2001. José Luis Amador Hurtado. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-127/2001. Sandra Rosario Ortiz Noyola. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-128/2001. Dora Soledad Jácome Miranda. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Sala Superior, tesis S3ELJ 25/2002.

ESTATUTOS DE UN PARTIDO POLÍTICO O DE UNA COALICIÓN. HIPÓTESIS DE IMPUGNACIÓN. El control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos o de las coaliciones se ejerce a través de la impugnación de los actos de autoridad que se encuentren vinculados con la regulación estatutaria, en cuanto a su reconocimiento y aplicación, mediante la formulación de los agravios encaminados a la demostración de la ilegalidad o inconstitucionalidad de los dispositivos de normatividad interna que se combatan, siempre y cuando tales procesos se promuevan o interpongan por personas con interés jurídico respecto al acto o resolución concretos de que se trate. De este modo, las hipótesis de impugnación de los estatutos de un partido político o de una coalición pueden ser las siguientes: a) Que la inconstitucionalidad o ilegalidad pretendida, se encontrara en el texto original de los estatutos que se presentaron ante el Instituto Federal Electoral para su aprobación, y que no obstante eso, el Consejo General de dicho instituto haya considerado, expresa o tácitamente, que las normas estatutarias están apegadas a la legalidad y constitucionalidad, y se haya otorgado, en consecuencia, el registro como partido político nacional a la organización solicitante o a la coalición, en términos de los artículos 30

y 31 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. En esta hipótesis, quien tenga interés jurídico, especialmente los demás partidos políticos, en cuanto entes legitimados para deducir acciones para la tutela de intereses difusos o colectivos, puede impugnar el otorgamiento del registro y plantear los vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad de los estatutos admitidos; b) Que los vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad atribuidos surjan por alguna modificación posterior a los estatutos, y que al comunicarse al Instituto Federal Electoral haya sido declarada su procedencia constitucional y legal, a que se refiere el artículo 38, apartado 1, inciso I), del citado código, y c) Que la autoridad electoral emita un acto o resolución electoral, cuyo contenido o sentido reconozca, como base fundamental de sustentación, a las normas estatutarias que se consideran inconstitucionales o ilegales, o fueran efectos o consecuencias directas de ellas. En estas situaciones, se puede presentar la impugnación contra el primer acto de aplicación que afecte el interés jurídico del promovente, con el objeto de impedir la causación de perjuicios en su interés o de ser restituido en los que se le hayan ocasionado con el acto concreto de aplicación que se reclame destacadamente, y allí se puede argumentar lo conducente contra las normas estatutarias en que se funde el acto o resolución, por lo cual estos razonamientos sólo serán motivo de examen y pronunciamiento cuando puedan constituir el medio idóneo para conceder al peticionario el beneficio o derecho que defiende o evitarle el perjuicio del que se quiere librar, y no cuando se advierta que, aunque el órgano jurisdiccional analice dicha argumentación y la acoja, por considerar inconstitucionales o ilegales los estatutos en cuestión, esto es insuficiente para obsequiar al promovente sus pretensiones, por existir otros motivos legales que se opongan a ello. Debe enfatizarse, desde luego, que en todos los casos deben cumplirse los requisitos que fija la ley, en cuanto a los presupuestos procesales, los requisitos de procedibilidad y admisibilidad, especialmente de legitimación e interés jurídico. Tercera época: Recurso de apelación. SUP-RAP-036/99. Miguel Ángel Garza Vázquez. 16 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Recurso de apelación. SUP-RAP-003/2000 y acumulados. Coalición Alianza por el Cambio. 16 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-039/2000 y acumulado. Ana Cristina Enríquez Mier. 17 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Sala Superior, tesis S3ELJ 55/2002.

Esta última tesis es muy importante ya que refrenda la idea expuesta de que cierto tipo de asociaciones, por el papel de representación de algún interés público que puedan realizar, tienen una serie de deberes añadidos a los del resto de asociaciones. Es el caso de los partidos políticos, que siendo instrumentos esenciales para el funcionamiento del Estado democrático, deben ellos mismos seguir una serie de pautas internas que permitan a todos los interesados participar en sus trabajos y ejercer una serie de derechos. En este contexto, es obvio que los estatutos de un partido deben reunir una serie de requisitos y lo que ha-

ce la tesis transcrita del Tribunal Electoral es corroborar la idea de que si tales requisitos no se cumplen, la jurisdicción electoral debe estar en posibilidad de conocer de las impugnaciones correspondientes, que pueden ser ejercidas por los interesados o incluso por la autoridad administrativa electoral (el Instituto Federal Electoral o los institutos electorales locales, en su caso).

La organización interna de las asociaciones y los efectos horizontales del derecho de asociación

La intervención de los poderes públicos sobre las formas de organización interna de las asociaciones es uno de los puntos centrales de debate en torno a la libertad de asociación. No hay un modelo único de organización y, como principio general, debe prevalecer la más amplia libertad para quienes quieran conformar una asociación, a menos que se den algunas circunstancias excepcionales.

Por ejemplo, las asociaciones deben necesariamente tener un funcionamiento interno democrático cuando el ingreso en las mismas es un requisito para ejercer algún derecho fundamental; tal sería el caso, que ya se ha mencionado, de los partidos políticos, pero también estaríamos en el mismo supuesto tratándose de los colegios u organizaciones profesionales,²⁸⁹ si es que la ley impone como requisito para ejercer determinada profesión la pertenencia a dichos órganos colegiados.

En los casos que se acaban de referir, la libertad de organización interna cede en virtud de que se trata de instituciones que representan un interés no meramente particular, sino de carácter social y que llevan ese interés ante los órganos del poder público, lo que hace que requieran de un estatuto jurídico particular.²⁹⁰

También en ese supuesto se encuentran, en algunos países y habría que discutir si también en México, las federaciones deportivas que regulan alguna actividad deportiva profesional, así como las asociaciones que tienen por objeto la representación de algún interés social. En este último caso, se entiende que las asociaciones deben tener condiciones flexibles de ingreso, dado que “quien pretende asumir la condición de portavoz, ante las instancias públicas y en las

²⁸⁹ Al respecto, ver artículo 36 *in fine* de la Constitución española. Sobre la posibilidad de que el requisito del funcionamiento democrático interno se pueda extender o no a todas las asociaciones, ver Elvira, Ascensión, “Asociaciones y democracia interna”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 607 y ss.

²⁹⁰ Coderch, Pablo Salvador y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, cit., p. 21.

relaciones sociales, de los intereses de un cierto colectivo de personas, debe permitir que confluyan a la formación de la voluntad del grupo todas las corrientes de opinión que se generen dentro del círculo de aquellos a los que se dice querer representar”.²⁹¹

El derecho de asociación puede tener efectos, como es natural, frente a las autoridades, por ejemplo al limitar la posibilidad de que las mismas puedan disolver una asociación, de que le impongan decisiones tomadas por órganos externos o de que no le permitan a una persona formar parte de una organización, etcétera. Pero también puede, en determinadas circunstancias, tener efectos frente a particulares, es decir, dar lugar a la *drittwirkung der grundrechte*.

Hay dos circunstancias concretas en que los efectos horizontales de la libertad de asociación pueden presentarse:

1. La primera se da cuando se incumplen los estatutos de la propia asociación; en este supuesto, uno o varios de sus miembros ven vulnerada su libertad de asociación. Dentro del alcance de dicha libertad se encuentra el hecho de que “quienes ingresan en una asociación, quienes lo pretenden y quienes desean permanecer en ella tienen derecho a que las reglas del juego en el que aceptan o aceptaron participar se cumplan hasta el final”;²⁹²
2. La segunda se puede presentar cuando la asociación detenta una posición de monopolio dentro de una comunidad determinada;²⁹³ en el ámbito del derecho de asociación el concepto de monopolio es difícil de delimitar y no puede transportarse mecánicamente desde la teoría económica, pero la idea que contiene es la de que si se trata de la única asociación que existe en una comunidad para realizar X o Y actividad, entonces la libertad de configuración de su organización interna debe ceder para asegurar un mínimo de condiciones razonables; por ejemplo en cuanto a los requisitos de ingreso, los cuales no podrán ser discriminatorios.

Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar algún criterio discriminatorio al momento de aceptar nuevos miembros dentro de una asociación, hay que decir que dicha posibilidad debe ser objeto de un escrutinio estricto por parte de los tribunales si se llega a presentar; a menos que se pruebe que existe un interés ineludible, que pone en riesgo la existencia misma de la asociación, no pueden esgrimirse criterios discriminatorios para impedir el ingreso de alguna persona en una asociación.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 108.

²⁹² Coderch, Pablo Salvador, “Introducción”, *cit.*, p. 18.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 18 y 103 y ss.

Este caso se presenta, por mencionar dos ejemplos, cuando se trata del único club deportivo que tiene una pileta de natación en la comunidad, o si se trata de la única academia en la que se puede obtener la licencia para ser piloto aviador. En estos casos no se podría prohibir por medio de disposiciones estatutarias internas el ingreso a las mujeres, por citar un supuesto que ha tenido que ser decidido por algunos tribunales constitucionales. El mismo razonamiento se ha aplicado a los llamados “clubs privados” en los Estados Unidos, que solamente admitían como socios a hombres.²⁹⁴

En algunos casos particulares, se ha admitido que también están sujetas a los mismos límites las asociaciones que, sin ser monopólicas, tengan una posición dominante dentro de un ámbito social o económico determinado.²⁹⁵

XI. LIBERTAD DE TRÁNSITO Y DE RESIDENCIA (ARTÍCULO 11)

El artículo 11 constitucional contiene en general la libertad de tránsito, dentro de la cual se incluyen cuatro libertades específicas: la libertad de entrar en la República; la libertad de salir de ella; la libertad de viajar por su territorio y la libertad de mudar de residencia. Su texto es el siguiente:

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

1. *Libertad de tránsito*

Las cuatro libertades mencionadas por el artículo 11 de la Constitución no podrán supeditarse al requisito de contar con carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro semejante, cuestión que sin duda es violada cotidianamente en nuestro país, pues tanto para entrar como para salir del territorio nacional se exige cuando menos el pasaporte, tanto a nacionales como a extranjeros (y eso

²⁹⁴ A partir de importantes sentencias de la Suprema Corte, por ejemplo en el caso *New York State Club Association vs. City of New York*, resuelto por unanimidad de votos en junio de 1988, siguiendo el criterio ya establecido en la sentencia *Roberts vs. U.S. Jaycees* fallado en 1984. El criterio de la Corte se aplica a las asociaciones que no sean “estrictamente privadas” (por tales se entienden las que no ofrezcan servicios al público); no se aplica, sin embargo, a las corporaciones religiosas.

²⁹⁵ Coderch, Pablo Salvador, “Introducción”, *cit.*, p. 105.

a pesar de que la protección del artículo 11 constitucional alcanza tanto a unos como a otros, puesto que universaliza la libertad de tránsito al hablar de “todo hombre”).

Desde luego que la exigencia de que se cuente con pasaporte es una práctica internacionalmente reconocida y que resulta además perfectamente razonable, pero sucede que la Constitución es clara al respecto; quizá se podría pensar en reformarla en este punto.

Aunque la jurisprudencia que haya realizado interpretaciones del artículo 11 constitucional no es muy abundante, cabe mencionar una tesis de acuerdo con la cual la libertad de tránsito debe entenderse como libertad para los desplazamientos estrictamente corporales, sin que la protección del artículo 11 pueda extenderse a algún medio de locomoción; la tesis a la que se hace referencia fue dictada al resolver algunos amparos que se promovieron contra las medidas implantadas en la ciudad de México a través de las cuales se impedía que uno o dos días a la semana circularan determinados vehículos automotores, dependiendo de la terminación de sus placas de circulación (se trata de los programas conocidos con el nombre de “Hoy no circula”). En dicha jurisprudencia, el pleno de la Corte afirma lo siguiente:

La garantía individual que consagra la norma constitucional supracitada [se refiere al artículo 11] no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía de libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, pleno, t. III, febrero de 1996, p. 173.

En sentido parecido, un tribunal colegiado ha sostenido el siguiente criterio:

GARANTÍA DE LIBRE TRÁNSITO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO SE VULNERA CON EL EMBARGO PRECAUTORIO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR. La garantía de libertad de tránsito que se prevé en el artículo 11 constitucional comprende el derecho que goza todo individuo para desplazarse por el territorio nacional, sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvoconducto, carta de seguridad o cualquier otro requisito semejante; así como la libertad para entrar y salir del país, sin autorización o permiso previo, no puede estimarse transgredida, por el hecho de que la autoridad fiscal haya ordenado y efectuado el embargo precautorio sobre el

vehículo automotor que defiende el quejoso, en virtud de que con dicho embargo no se restringe la garantía de libre tránsito. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, enero de 2002, tesis II.3o.A.3 A, p. 1293.

Desde mi punto de vista, la Corte en la tesis transcrita podía haber llegado a la misma solución por medio de una argumentación menos “literalista” y restrictiva del derecho de libre circulación. Así, por ejemplo, se podría haber dicho que el programa de restricción a la circulación vehicular protegía otros bienes de rango constitucional, como el derecho a un medio ambiente adecuado; también se podría haber utilizado el argumento del “uso social” que se le debe dar a la propiedad, de forma que el uso que hagamos de ella debe tener en cuenta otros intereses sociales, entre los que se puede encontrar el tener un entorno ambiental no contaminado.

Como quiera que sea, la tesis que se ha transcrito nos sitúa ante un absurdo, pues no otra cosa es el hecho de que se entienda que la libertad de tránsito consiste en caminar a donde se quiera, sin poder utilizar para ejercer ese derecho ningún “objeto” o medio de transporte. Por el contrario, la interpretación de los derechos debe atender siempre a los medios para que se puedan hacer efectivos en la práctica.

La tesis que se comenta es tan ilógica como lo sería una que dijera que el derecho a decidir libremente el espaciamiento de los hijos debe hacerse sin tener acceso a métodos anticonceptivos (con lo cual el derecho sería prácticamente una declaración retórica); o decir que la libertad de expresión consiste solamente en la posibilidad de hablar en el desierto, ya que en su ejercicio no están protegidos los medios para hacer llegar nuestras expresiones a los demás.

Es obvio que el ejercicio concreto de los derechos requiere de la utilización de una serie de objetos exteriores al cuerpo humano sin los cuales el derecho se nulifica; la posibilidad de transitar libremente por toda la República se reduce a nada (o cuando más a unos cuantos kilómetros), si para ejercerlo no contamos con medios de transporte que efectivamente nos lleven de un lugar a otro.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, como lo hace una parte de la doctrina, que la libertad de circulación “tiene por objeto las personas, no las cosas, y por tanto tiene un régimen jurídico diferente al de la libre circulación de mercancías o al de la libre circulación de capitales”;²⁹⁶ ahora bien, “régimen jurídico diferente” significa simplemente que son distintas las reglas jurídicas a

²⁹⁶ Bastida Freijedo, Francisco, “Libertad de circulación”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, p. 153.

las que se puede someter la circulación de una persona y aquellas otras que inciden en la circulación de bienes en general.

Por ejemplo, dentro del régimen jurídico de la circulación, las autoridades pueden perfectamente regular los requisitos que deben reunir los transportes públicos o privados, de la misma forma que pueden imponer modalidades al tránsito automotor (por ejemplo en el sentido de que cierto tipo de vehículos no pueda transitar por determinadas calles o por ciertos barrios); todo ello sería válido a la luz del contenido del artículo 11.

En los hechos, si nos atenemos al criterio de la Corte, los habitantes del centro de la República tendrían nulificado en la práctica el derecho a salir del país, pues las respectivas fronteras de encuentran a miles de kilómetros de donde viven, distancia que es casi imposible de recorrer, al menos para personas normales y corrientes.

La Corte, en la tesis que se está comentando, parece entender a la libertad de circulación como *libertad negativa*, en el sentido que se ha explicado en el primer apartado de este capítulo, es decir, como ausencia de impedimentos o de constricciones, olvidando el concepto de *libertad positiva* o de *libertad como no sujeción*, que defienden entre otros los pensadores neorrepublicanos.

En este punto, hay que recordar que, como lo señala Germán Bidart,

la *libertad* no es, entonces únicamente una *libertad “de”*, sino además una *libertad “para”*; no es sólo la libertad de impedimentos, obstáculos, intrusiones, violaciones, interferencias u obstrucciones, sino también la libertad *real y efectiva* que coloca al ser humano en disponibilidad para elegir, optar, acceder al disfrute pleno de sus derechos; de todos sus derechos...²⁹⁷

Otros criterios jurisprudenciales sobre el artículo 11 constitucional son los siguientes:

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República. Novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, enero de 1999, tesis I.1o.P. J/12, p. 610.

²⁹⁷ Bidart Campos, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003, p. 49.

Este criterio jurisprudencial es también lamentable, ya que legitima una práctica que sin duda alguna vulnera derechos fundamentales, aunque tenga como fundamento el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. De hecho, el uso del arraigo ha sido objeto incluso de observaciones por parte del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que realizó una visita a México a finales de 2002.²⁹⁸

ADUANAS, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN A LOS TRABAJADORES DE LAS, PARA QUE SALGAN DEL PAÍS. De acuerdo con el artículo 11 de nuestra Constitución, toda persona tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio, mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Ahora bien, si la Dirección General de Aduanas, por medio de una circular pretende, fundándose en la fracción I del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Federación, establecer como requisito previo, para que empleados de la aduana de Nuevo Laredo, puedan entrar y salir de esa población y del territorio nacional, un permiso especial, debe concluirse que jurídicamente no basta esa simple circular, para fundar tal restricción de libertad, sino que es menester la existencia de una disposición legal, que no puede ser dicha fracción I de aquel artículo 42, ya que esta disposición de ninguna manera faculta a las autoridades correspondientes para que intervengan en actos de los trabajadores, ajenos al servicio que están obligados a prestar al Estado. Además, esta última disposición supone la existencia de una norma legal reglamentaria, que quizás por no existir, no ha sido invocada en el caso, única situación en la que podría tener fundamento legal la susodicha circular. Por tanto, la prohibición a los empleados para entrar y salir del territorio nacional, y el requisito de exigirles un permiso previo y especial para que puedan entrar y salir de la población dicha y del territorio nacional, significa una extralimitación de la Dirección General de Aduanas, ya que los afecta restringiendo sus actividades, ya no dentro del tiempo que están obligados a desempeñar las funciones y deberes inherentes a su cometido, sino en actos y momentos ajenos al servicio; por lo que al solicitar el amparo de la justicia federal, éste debe concedérsele, sin que tal concesión sea óbice ni prejuzgue tampoco el derecho que asiste a las autoridades fiscales o administrativas, de la aduana de Nuevo Laredo, para que establezcan las disposiciones legales adecuadas para reglamentar las labores de esa dependencia gubernativa. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXIX, quinta época, segunda sala, p. 4867.

²⁹⁸ El correspondiente informe se puede encontrar en el documento E/CN.4/2003/8/add.3.

2. Los límites a la libertad de tránsito y las detenciones arbitrarias

En relación con la libertad de tránsito, que comprende la posibilidad que tienen todas las personas de entrar y salir del país, así como la de desplazarse libremente por el territorio del mismo, es oportuno preguntarse de qué forma y bajo qué circunstancias concretas puede verse limitada. A reserva de que debamos atender a la regulación de las figuras de la detención, la retención y la privación de libertad bajo las modalidades y requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, en principio puede decirse que una injustificada interrupción de la libertad de desplazamiento puede considerarse una violación a la libertad de tránsito.

Hay que recordar que, en términos del artículo 11 constitucional, las limitaciones a la libertad de tránsito corresponde aplicarlas solamente a la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad civil o penal según lo que al respecto establezca el legislador, y a la autoridad administrativa, pero solamente conforme a lo que dispongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República. Fuera de esos supuestos, la limitación a la libertad de desplazamiento no tiene fundamento constitucional. Sin embargo, en la realidad cotidiana de México, se presentan varios casos que son violatorios de la libertad de tránsito y que merecen por tanto ser tenidos en cuenta como vulneraciones del artículo 11 constitucional. Por ejemplo, es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas; en algunos casos se practican pruebas de medición de aliento etílico.

Por ser un fenómeno que no es aislado y que conlleva un alto riesgo de violación de derechos fundamentales conviene detenerse en el estudio de su constitucionalidad y, particularmente, en su posible interferencia en el ejercicio de la libertad de tránsito del artículo 11 constitucional.

En primer término, lo que resulta del todo obvio es que las detenciones practicadas por el Ejército son completamente inconstitucionales a la luz de lo dispuesto por el artículo 129 constitucional, de acuerdo con el que “En tiempos de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. A pesar de la muy “creativa” inter-

pretación que ha tenido este precepto por parte de la Suprema Corte,²⁹⁹ su contenido es inequívoco y hace inconstitucional cualquier intervención de los militares sobre los civiles, incluyendo desde luego las interferencias de la libertad de tránsito practicadas a través de los puntos de revisión conocidos como “retenes”. En consecuencia, el solo hecho de que una detención sea practicada por una autoridad militar viola el artículo 129 constitucional, además de que —según lo que enseguida se dirá— pueda también violar el artículo 11.

Un asunto diferente es el que se suscita con motivo de la intervención de autoridades civiles en los retenes (normalmente se trata de diferentes corporaciones de policía, de cualquiera de los distintos niveles de gobierno). Desde mi punto de vista, su instalación y puesta en práctica también violenta varios derechos fundamentales, por las siguientes consideraciones:

a) Las autoridades al ordenar la detención del vehículo emiten un acto de molestia verbal, cuando el artículo 16 constitucional exige que ese tipo de actos sean escritos; como se verá con detenimiento en el capítulo cuarto, la jurisprudencia mexicana ha sostenido que los actos de autoridad de carácter verbal son en sí mismos inconstitucionales;

b) Al detener la circulación de vehículos y personas, vulneran el contenido del artículo 11 constitucional en la medida en que no permiten el *libre* desplazamiento por el territorio nacional, y por no encontrarse dentro de los supuestos de excepción que establece el mismo artículo 11;

c) Al permitir un ejercicio arbitrario por parte de la autoridad (en el sentido de que no está sujeto a reglas claramente establecidas que especifiquen los supuestos y formas en que se pueden llevar a cabo), las detenciones contrarias a la libre circulación violan la garantía de motivación de los actos del poder público, también establecida en el artículo 16 constitucional;

d) Los actos realizados en los retenes violan la presunción de inocencia, conforme a la cual —entre otras cuestiones— ninguna persona puede ser molestada ni mucho menos detenida a menos que la autoridad tenga indicios concretos de que ha cometido, pueda cometer o esté en un momento determinado cometiendo un delito.

299 Al respecto, Carbonell, Miguel, “El rol de las fuerzas armadas en la Constitución mexicana”, *Ius et Praxis*, Talca, Chile, año 8, núm. 1, 2002, pp. 35-51; *id.*, “Fuerzas armadas y Constitución: el caso de México”, *Vínculo Jurídico*, Zacatecas, núm. 53, enero-marzo de 2003, pp. 37-46.

Por la ya mencionada gravedad del tema, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que dedicar su Recomendación General 2/2001 al tema de la práctica de las detenciones arbitrarias.³⁰⁰

En su Recomendación, la CNDH precisa que “las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos”; también señala que

la práctica recurrente de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando estos últimos efectuaban recorridos de “revisión y vigilancia rutinarios” en aras de salvaguardar la seguridad pública y detectar la comisión de algún ilícito o bien, porque habían recibido en la guardia de agentes denuncias “anónimas”, siendo que al atenderlas, “casualmente”, los agraviados fueron encontrados en “actitud sospechosa” y/o “marcado nerviosismo”, además de que, en todos los casos, los elementos de la Policía Judicial dijeron haber solicitado a los agraviados que se les permitiera efectuarles una “revisión de rutina”, quienes accedieron de “manera voluntaria”.

En sus conclusiones la Comisión establece que

ni los agentes de la Policía Judicial Federal, del fuero común o sus equivalentes, ni los agentes del Ministerio Público pueden, bajo ningún concepto, instrumentar operativos preventivos (“revisión y vigilancia”), ya que dicha actividad rebasa el ámbito de su competencia [y que] no obstante que las autoridades de la policía preventiva tengan precisamente dichas facultades (prevención del delito), esto tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en “actitud sospechosa” y/o “marcado nerviosismo”; siendo que tienen el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Es importante señalar que, en el criterio de la Comisión, no importa que de la detención ilegal y arbitraria o de la revisión que efectúen los policías, se desprenda que la persona está en posesión de algún elemento del delito (por ejemplo alguna sustancia sicotrópica), ya que la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención; la Recomendación General que se comenta menciona que “En este contexto resulta irrelevante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentran o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal”.

³⁰⁰ Para el análisis teórico del tema conviene remitir al muy completo trabajo de Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.

Aunque la Recomendación General se refiere a cualquier tipo de detenciones arbitrarias, es obvio que resulta completamente aplicable a las que se practican en los retenes o puestos de revisión carreteros.

Por otro lado y de forma estrechamente relacionada con lo que se acaba de señalar, el tema de la libertad de tránsito y su vulneración a través de las detenciones arbitrarias en México ha sido objeto de un interesante informe rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; se trata del “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México”, de fecha 17 de diciembre de 2002.³⁰¹

En su informe el grupo de trabajo constata que las detenciones arbitrarias son “una de las principales violaciones de los derechos humanos” en México, hasta el grado de que, según la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, una de cada diez detenciones realizadas por las autoridades es arbitraria. En parte, las detenciones arbitrarias se permiten, entre otras cuestiones, porque “la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación” y por la figura de la llamada “flagrancia equiparada”, “que otorga una suerte de ‘cheque en blanco’ para detener a las personas”. Por todo ello el informe concluye que “La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado”.

El informe se detiene en el trato que el gobierno mexicano da a los migrantes de otros países que se encuentran en situación irregular. Sobre el punto se afirma, por lo que hace a la estación migratoria que el gobierno tiene en la delegación Iztapalapa de la ciudad de México, que

Los ciudadanos de países latinoamericanos suelen permanecer en la estación migratoria algunas semanas antes de ser devueltos a sus países de origen. La permanencia de nacionales de países de otras regiones suele ser más larga; algunos se encontraban allí desde hacía tres o cuatro meses por problemas logísticos, y, en el caso de ciertas nacionalidades, por la ausencia de representación consular o diplomática en México, especialmente para determinar la verdadera nacionalidad.

Con respecto al cuarto de detención de inmigrantes irregulares que existe en las instalaciones del Aeropuerto de la Ciudad de México, el informe sostiene que “el Grupo de Trabajo pudo constatar que esta estación migratoria, más parecida a una sala de espera de un aeropuerto, es inadecuada para una permanencia mayor de un día, dadas las insuficiencias detectadas en las instalaciones: ausencia de camas o literas, duchas, cocinas, comedores, etcétera”.

³⁰¹ Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3

El informe se refiere también a los ya mencionados “retenes” u operativos de inspección carretera. Luego de citar la Recomendación General 2/2001 de la CNDH el Grupo de Trabajo sostiene que tales operativos “no tienen una base legal clara o precisa y favorecen las detenciones arbitrarias”. En los retenes que tienen presencia militar se verificó que el personal no está identificado —aparte del puro uniforme militar— y además los camiones en que se transporta no tienen placas.

Otra cuestión que también se aborda en el informe es la que tiene que ver con el arraigo domiciliario, que puede verse como una restricción a la libertad de tránsito, pero también como una violación de las reglas que para la detención establece el artículo 16 constitucional.

Aparte de lo peligrosas que son las detenciones arbitrarias, lo que más preocupa al Grupo de Trabajo es la impunidad para los responsables; en el informe se afirma que

Existe una impunidad notoria con relación a algunos responsables de las detenciones arbitrarias. Muchos mecanismos de control no gozan todavía de una independencia suficiente al estar supeditados jerárquicamente a la autoridad administrativa y por tanto no tener la credibilidad necesaria, además de ser toleradas algunas prácticas por los superiores. Un gran número de personas son presentadas ante tribunales habiendo sido detenidas arbitrariamente y sus casos pueden ser conocidos, mientras que otro número igual o quizá mayor son puestos en libertad luego de haberseles detenido fuera de los supuestos legales permitidos, sin haber tenido acceso a un juez. Este segundo grupo de personas no siempre denuncia, aunque el Grupo de Trabajo ha conocido diferentes casos en que, después de las denuncias presentadas, no se ha investigado ni castigado a los agentes por este tipo de violaciones.

En cuanto a los límites constitucionales a la libertad de tránsito, contemplados en el artículo 11 de la Carta Magna, hay que mencionar que en relación a cuestiones de salubridad, la propia Constitución faculta al Consejo de Salubridad General para dictar medidas generales de carácter preventivo en caso de epidemias graves o cuando exista peligro de invasión de enfermedades exóticas (artículo 73 fracción XVI).

3. La libertad de tránsito y circulación en el derecho internacional de los derechos humanos

Un precepto que, dentro del derecho internacional de los derechos humanos, contiene prerrogativas parecidas a las del artículo 11 de la Constitución mexi-

cana es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es el siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este precepto ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.³⁰² Vale la pena detenernos en su estudio.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 [del Pacto]” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

³⁰² Se trata de la Observación General núm. 27, aprobada en el 67o. periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 462-468.

La estructura federal de un Estado no impide que los derechos del artículo 12 del Pacto se apliquen a todo su territorio, señala el Comité, de forma que las personas podrán desplazarse por todas las partes de los Estados federales o regionales.

Para ejercer su derecho a la libre circulación una persona no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar para caer en el supuesto de protección del artículo 12. Esto significa que las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5).

Los derechos del artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares. Por ejemplo, los Estados parte deben vigilar que no se les impida a las mujeres ejercer la libertad de tránsito o residencia, y que dicho ejercicio no esté condicionado al consentimiento o permiso de algún familiar, como puede ser el marido o el padre (párrafo 6).

En relación con la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que dicha libertad no puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país. En dicho párrafo se encuentra contenida la libertad del individuo para determinar el país de destino, lo cual se aplica también a todo extranjero que sea expulsado legalmente, el cual puede elegir con libertad el país de destino, siempre que cuente con el acuerdo de este último Estado (párrafo 8).

Para hacer efectivo el derecho a salir de un país, debe entenderse que sus autoridades están obligadas a expedir los documentos necesarios para viajar y entrar en otro país, como puede ser el pasaporte. Los derechos del artículo 12 del Pacto se violan si un Estado se niega a expedirle a uno de sus nacionales un pasaporte o si se niega a prorrogar la validez de ese documento (párrafo 9).

Por lo que hace a las restricciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, el Comité, en la Observación General que se está comentando, hace importantes consideraciones, muchas de las cuales se podrían aplicar a los demás derechos, pues forman parte de una especie de teoría general de las restricciones de los derechos. Por ejemplo, el Comité sostiene, con base en el texto expreso del artículo 12, que las restricciones deben estar contenidas en una ley, constituyendo de esa forma una “reserva de ley” que prohíbe la creación de restricciones en otro tipo de normas (párrafo 11).

Por otra parte, el Comité señala que “las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho”, haciéndose eco de la conocida teoría del “contenido

esencial” de los derechos fundamentales. Para el Comité, “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (párrafo 13).

Las medidas restrictivas deben ser proporcionales, señala el Comité, utilizando uno de los criterios más conocidos para considerar la adecuación de los límites a los derechos fundamentales con respecto a los textos que establecen esos derechos. En palabras del Comité, “Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (párrafo 14). Por ejemplo, entraría dentro de las restricciones razonables una orden que impidiera el acceso y tránsito por instalaciones militares por motivos de seguridad nacional, o si se limitara la libertad de residencia en zonas habitadas por comunidades indígenas o minorías nacionales (párrafo 16).

El Comité identifica varias conductas de las autoridades estatales como claramente violatorias del artículo 12 del Pacto (párrafo 17); se trata de un elenco de la mayor importancia, pues contiene indicaciones prácticas para ayudarnos a precisar en qué momento nos encontramos ante situaciones que vulneran los derechos de libre circulación y libre residencia.

Para el Comité, entre tales conductas se encuentran las siguientes:

- Cuando se niega el acceso de los solicitantes a las autoridades competentes.
- Cuando se impide el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer algunos de los derechos del artículo 12.
- Cuando se crea la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud del pasaporte.
- Cuando se hacen necesarios certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- Cuando se requiere la descripción exacta del itinerario.
- Cuando la expedición de pasaportes se condiciona al previo pago de tasas elevadas, que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia.

- El requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo a través de la intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de los hijos de la escuela o la universidad.
- La negativa a expedir el pasaporte con el argumento de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.

Por lo que hace al derecho a entrar en el propio país, contemplado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que ese derecho también le es aplicable a quien por primera vez quiere entrar en su país, si ha nacido fuera de él. De particular importancia es el derecho a volver al propio país, sobre todo para quienes han salido de él con el carácter de refugiados (párrafo 19).

El Comité hace una interesante distinción entre el concepto literal de “propio país” y la noción más restringido de “país de su nacionalidad”, en los siguientes términos:

El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Éste sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega.

Esta parte de la Observación General número 27 es muy importante, puesto que impone el derecho a entrar al propio país frente a la eventual conducta de un Estado que quiera desposeer de su nacionalidad a una o varias personas; con este criterio se levanta un dique a actos arbitrarios que por desgracia han sucedido con alguna frecuencia en el pasado reciente. Esto constituye un ejemplo, de entre los muchos que se podrían poner, de cómo el derecho internacional puede ser a la vez derecho nacional, en el sentido de que su radio de acción no se limita a las relaciones internacionales, sino que también puede regular relaciones jurídicas al interior de los Estados; por ejemplo, en la materia que nos ocupa, reconociendo derechos de las personas que se pueden oponer, en el plano interno, a las autoridades del Estado del que esa persona es nacional.

El derecho a entrar en el propio país, en el acertado criterio del Comité, es prácticamente ilimitable, pues en sus propias palabras, “hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país” (párrafo 21).

Aparte de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos hacen referencia a la libertad de tránsito y de residencia. Uno especialmente importante por razón de su objeto y de la actualidad que ha cobrado en los últimos años a raíz de las migraciones masivas, es la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 10 hace referencia a la obligación que tienen los Estados partes (entre los que se encuentra México, desde luego) de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la “reagrupación familiar”; este concepto es de la mayor importancia, pues uno de los derechos fundamentales de todos los menores de edad es a mantenerse en contacto con sus progenitores.³⁰³

El texto del mencionado artículo 10 es el siguiente:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o., toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin.... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

³⁰³ El artículo 9o. de la Convención de los Derechos del Niño es muy claro al establecer el principio general de que: “1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”.

Sobre el mismo tema de la “reagrupación familiar”, hay que tener en cuenta que el artículo 5o., apartado 4, de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985, dispone que “Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

La reagrupación familiar debe facilitarse por parte de los Estados especialmente en el caso de los refugiados; al respecto, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), ha señalado que “En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunificar a las familias separadas de refugiados”; dicha reunificación se deberá producir “con la menor demora posible”; “Al decidir sobre la reunificación de la familias, la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*”.³⁰⁴

4. *La libertad de tránsito y el artículo 33 constitucional*

Por desgracia, en México tenemos un precepto constitucional que es claramente contrario a las disposiciones del artículo 12 del Pacto que acabamos de estudiar, y que también viola otras muchas declaraciones internacionales de derechos humanos; se trata del artículo 33 cuyo infortunado texto establece:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Los términos en que está redactado este artículo generan grandes márgenes de arbitrariedad, ya que impiden que un extranjero que se encuentre en México

³⁰⁴ Los entrecomillados provienen de las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo de la ACNUR sobre la protección internacional de los refugiados, núm. 24, adoptada en el 32o. periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, en 1981; el texto puede consultarse en *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, t. IV (Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000), México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002, pp. 82 y 83.

pueda tener acceso a una defensa completa, por virtud de la facultad del presidente de la República de hacerle abandonar el territorio nacional “sin necesidad de juicio previo”; por otro lado, la razón por la que dicha expulsión se puede llevar a cabo es casi imposible de ser sometida a algún tipo de control y verificación: el juicio del presidente sobre la “inconveniencia” del extranjero en territorio mexicano. ¿Qué se debe entender por dicha inconveniencia? ¿A quién le debe afectar? ¿Caería en dicho supuesto un extranjero que denunciara actos de corrupción del partido en el poder o de algunos altos funcionarios?

La interpretación correcta del artículo 33 constitucional debe tener en cuenta que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y en otras ocasiones en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

Con todo, hay que decir que el artículo 33 es congruente con la también poco feliz expresión contenida en el artículo 11 constitucional, sobre la posibilidad de que las leyes limiten o restrinjan los derechos que ese artículo consagra, a los “extranjeros perniciosos residentes en el país”. ¿Cómo se puede definir jurídicamente la *perniciosidad* de alguien? ¿En relación a qué o a quién se puede dar una conducta *perniciosa*? ¿Cómo evitar un ejercicio arbitrario por parte de los poderes públicos cuando el texto constitucional emplea términos tan elásticos e inasibles? ¿No sería más fácil decir que, bajo determinadas circunstancias, se podrá expulsar a un extranjero que viole la legislación en materia migratoria?

5. La libertad de residencia

Por lo que hace a la libertad de residencia, la Constitución lo que protege en el artículo 11 es la decisión que todo individuo puede adoptar libremente para establecer su domicilio en cualquier sitio de la geografía nacional; el establecimiento de la residencia incluye su fijación, mantenimiento y cambio.

Cabe mencionar que el concepto de domicilio o de residencia que la Constitución protege no está necesariamente sujeto o condicionado a la definición del mismo que hagan las leyes civiles, tributarias o de otro tipo. El bien jurídico que la Constitución protege en el artículo 11 debe ser autónomo con respecto a lo que establezcan las leyes para preservar su significado constitucional y no subordinar el principio de supremacía a los designios del legislador.

A reserva de lo que se dirá en el capítulo cuatro sobre la inviolabilidad del domicilio, cabe señalar en este momento que la residencia que tutela el artículo 11 comprende tanto el lugar habitual en el que una persona se asienta de forma permanente, como aquellos lugares que elige para realizar estancias pasajeras u ocasionales.³⁰⁵

Desde luego, la libertad de residencia se debe ejercer sin violar otros derechos fundamentales. Por ejemplo, se debe respetar el derecho de propiedad de otras personas. También se puede limitar la libertad de residencia con el objeto de proteger el medio ambiente adecuado, que es un bien que se encuentra constitucionalmente protegido en el artículo 4o. de la carta magna.

En relación con la libertad de residencia hay varias referencias a lo largo del texto constitucional que deben tenerse en cuenta, pues ordenan la forma en que se puede ejercer dicha libertad y distribuyen competencias entre los diferentes niveles de gobierno en la materia de asentamientos humanos.

Una primer referencia se encuentra en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, de acuerdo con el que

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, *lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana*. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para *ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques*, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejora-

³⁰⁵ García Torres, J. y Requejo Pagés, J. L., “Libertad de residencia”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, p. 155.

miento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Por otro lado, lo relativo a los “asentamientos humanos” se define en la Constitución como una *materia concurrente* por el artículo 73 fracción XXIX inciso C, lo que significa que en ella deben intervenir tanto los poderes federales, los gobiernos locales y los municipios.³⁰⁶ El texto del precepto mencionado es el siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXIX. Inciso C: Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en *materia de asentamientos humanos*, con objeto de cumplir los fines previsto en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

En la misma materia, el artículo 115 constitucional establece dentro de las facultades del municipio, que deberán ser ejercidas en el marco de lo que dispongan las leyes federales y estatales, varias que guardan relación con la libertad de residencia, entre las que cabe mencionar las siguientes, contempladas en la fracción V de dicho artículo:

- a) Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de *desarrollo urbano* municipal;
- b) Participar en la creación y administración de sus *reservas territoriales*;
- c) Participar en la formulación de *planes de desarrollo regional*, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;
- d) Autorizar, controlar y vigilar la *utilización del suelo*, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;
- e) Intervenir en la regularización de la *tenencia de la tierra urbana*;
- f) Otorgar licencias y permisos para *construcciones*;

³⁰⁶ La explicación de las facultades concurrentes en la Constitución mexicana se encuentra en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, pp. 73 y ss.

- g) Participar en la creación y administración de zonas de *reservas ecológicas* y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;
- h) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; e
- i) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

En lo conducente y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.

Por lo que se refiere al Distrito Federal, la Constitución en el artículo 122, base primera, fracción V, inciso J, faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para

Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas, tránsito y estacionamientos; adquisiciones y obra pública; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal.

La libertad de residencia puede encontrar algunas limitaciones o modalidades en la legislación ordinaria; de acuerdo con la evidencia que nos suministra el derecho comparado, se puede afirmar que, por ejemplo, dicha libertad no se vulnera cuando el cambio de domicilio es decretado por aplicarse una sentencia judicial de desahucio, producto de la resolución de un contrato de arrendamiento, o por una decisión de las propias autoridades judiciales que decidan sobre la guarda y custodia de menores, ni por celebrar un contrato de servicios profesionales o aceptar un empleo que comporte un destino laboral distinto al que se tenga.³⁰⁷

XII. LIBERTAD RELIGIOSA (ARTÍCULOS 24 Y 130)

El artículo 24 de la Constitución mexicana establece la libertad religiosa en los siguientes términos:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

³⁰⁷ Los ejemplos son tomados de García Torres, J. y Requejo Pagés, J. L., “Libertad de residencia”, *cit.*, p. 156.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

Por su parte, el artículo 130 delimita las actividades que pueden realizar los miembros de las iglesias y establece las reglas de la relación entre el Estado mexicano y las propias iglesias, conforme al siguiente texto:

Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas.

b) Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas;

c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley;

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquéllos pertenezcan, serán incapaces pa-

ra heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.

Como se puede apreciar, ambos preceptos tienen estrecha relación con el tema de los derechos fundamentales y suponen la base constitucional indispensable para abordar el tema de la libertad religiosa. Al análisis de esta libertad a través del contenido de los artículos 24 y 130, hay que agregar que el artículo 1o., párrafo tercero de la propia Constitución mexicana, que ya ha sido estudiado en el capítulo primero, señala como uno de los criterios por los que no se puede discriminar justamente el de “la religión”.

Una primera cuestión que conviene anotar respecto al texto constitucional transcrito del artículo 24 es que parece un tanto reductivo frente a los textos constitucionales de otros países, que contemplan de forma más amplia la libertad ideológica o la libertad de conciencia. El artículo 24 se limita a establecer la libertad de culto religioso, lo que siendo de la mayor importancia, no es sino una parte de aquellas otras dos libertades mencionadas.

En virtud de que la libertad religiosa depende en buena medida de la libertad ideológica y en razón de que, desde un punto de vista histórico, doctrinal y de derecho comparado, aquélla es una especie de ésta, vale la pena dedicar unas cuantas líneas a examinar su significado e implicaciones.

Antes de eso, conviene hacer alguna mención de carácter histórico, puesto que el tema de la libertad religiosa ha tenido un papel central en el desarrollo inicial de las declaraciones de derechos y, más en general, en la historia de la lucha por los derechos fundamentales, al grado que se ha podido afirmar, con razón, que “la libertad religiosa se convirtió en el principal derecho que protegieron las primeras declaraciones de derechos”.³⁰⁸

Georg Jellinek ha señalado que el origen de los derechos universales del hombre hay que buscarlo justamente en las luchas que se dan para imponer la tolerancia religiosa tanto en Inglaterra como en las colonias americanas.³⁰⁹

³⁰⁸ Celador, Óscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, t. II (Siglo XVIII), vol. II (La filosofía de los derechos humanos), p. 53.

³⁰⁹ *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 115 y ss.

Recientemente, Habermas explica que no es casual que la libertad religiosa tuviera un papel destacado en los albores del Estado constitucional, puesto que existe “un *nexo conceptual* entre una fundamentación universalista del derecho fundamental de la libertad religiosa, por un lado, y el fundamento normativo de un Estado constitucional, esto es, la democracia y los derechos humanos, por el otro”.³¹⁰

Aparte de las conexiones conceptuales a las que se refiere Habermas, existen otras de carácter axiológico e histórico entre el Estado constitucional y la libertad religiosa. Lo anterior en virtud de que la paz es uno de los fundamentos y bases axiológicas de los derechos fundamentales, y para lograrla en los albores del Estado constitucional era una condición indispensable asegurar que, por medio de la implantación de la tolerancia religiosa, las cuestiones vinculadas con la creencias no pudieran seguir siendo la causa de las guerras que habían caracterizado al Antiguo Régimen y que, desde los inicios de la Edad Media, habían causado millones de muertos en muchas partes del mundo.³¹¹

La tolerancia, pues, se instituye como un cimiento esencial de todo el edificio constitucional, desde sus primeros pasos. Al respecto, Luis Prieto y Jerónimo Betegón escriben lo siguiente:³¹²

Tolerancia religiosa: éste comenzará a ser el lema de una Europa desgarrada por las guerras de religión y por la represión interna de los disidentes. Al principio una pequeña minoría cultivada en el espíritu del humanismo y más tarde un vasto movimiento político defenderán la tolerancia como una necesidad de supervivencia del hombre europeo en el contexto de unos Estados absolutos y rígidamente confesionales; y también como una necesidad de la expansión económica y cultural constreñida por prejuicios religiosos y amenazada por la guerra. Éste habrá de ser uno de los orígenes principales, no ya de la libertad religiosa, sino de los derechos fundamentales en general y del propio Estado constitucional.

En particular sobre la vinculación entre libertad religiosa y libertad de conciencia, hay que recordar que, como señala Dionisio Llamazares, históricamente

³¹⁰ Habermas, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 129, enero-febrero de 2003, p. 5.

³¹¹ Cfr. las observaciones de Valadés, Diego, “El régimen constitucional de la tolerancia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 300 y ss.

³¹² “Estudio preliminar”, en Locke, John, *Escritos sobre la tolerancia*, ed. de Luis Prieto Sanchís y Jerónimo Betegón Carrillo, Madrid, CEPC, 1999, p. XVI.

libertad religiosa y libertad ideológica se nos muestran como inseparables; no pueden ser la una sin la otra. Esto explica que donde primero se consigue la estabilidad del pluralismo democrático como sistema de convivencia política, sea justamente en aquellos países en los que más tempranamente, junto al derecho de libertad ideológica se ha reconocido el derecho a la libertad religiosa de sus ciudadanos, eliminando primero las discriminaciones por razones religiosas entre ellos como individuos y proyectando más tarde ese trato de paridad a los colectivos religiosos (confesiones) en los que los ciudadanos se integran. El reconocimiento de la libertad religiosa va por delante del reconocimiento de la libertad ideológica: la primera es la precursora de la segunda. Las cosas fueron bien distintas donde los acontecimientos siguieron derroteros diferentes: países en los que no triunfa la reforma. La libertad religiosa y la libertad ideológica no describen entre ellas un proceso paralelo y simultáneo; la libertad religiosa va siempre por detrás de la ideológica; algo que ha tenido, en no pocos casos, consecuencias nefastas para la convivencia, al ser la intolerancia religiosa germen y fermento de duros enfrentamientos políticos y que siempre han supuesto un freno y una dificultad añadida para la estabilidad del pluralismo democrático y de la convivencia pacífica basada en el mutuo respeto.³¹³

1. *La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos*

No deja de resultar curioso que también en el tema de la libertad religiosa se encuentren importantes convergencias entre los procesos históricos de Estados Unidos y de Francia. Tal parece que algunas ideas hubieran recorrido casi al mismo tiempo los dos extremos del Océano Atlántico. En parte puede ser que esto haya ocurrido, pero también se puede deber lo anterior al hecho de que tanto la Revolución Francesa como el proceso de independencia de los Estados Unidos se tienen que enfrentar a un fondo común de problemas.

En este sentido y con relación al tema que nos ocupa, es obvio que tanto en Francia como en Inglaterra existió durante buena parte del Antiguo Régimen una relación muy estrecha entre poder político y poder religioso, y que entre ambos ejercían un poderoso dominio sobre las libertades de sus habitantes. Por eso las colonias estadounidenses ponen un gran énfasis en proclamar la libertad religiosa como un aspecto de la libertad del individuo, así como la separación entre el Estado y las iglesias como una forma de organización colectiva de aquella incipiente sociedad.

³¹³ Llamazares Fernández, Dionisio, *Derecho eclesiástico del Estado, derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, UCM, 1991, p. 16; ver también las observaciones de Peces-Barba, Gregorio y Prieto Sanchís, Luis, "La filosofía de la tolerancia", en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998, t. I (Tránsito a la modernidad, Siglos XVI y XVII), pp. 265 y ss.

Es importante destacar el doble carácter, a la vez individual y colectivo, del tema que nos ocupa; individualidad y colectividad como características que se interpenetran y que son mutuamente dependientes, ya que no sería posible entender la *individual* libertad de elegir una creencia religiosa, si no existiera la *colectiva* decisión de mantener separado el poder religioso del poder político. Como escriben Luis Prieto e Iván C. Ibán,

el principio de libertad religiosa impide al Estado erigirse en sujeto del acto de fe, sustituyendo al individuo o concurriendo con él, y le obliga asimismo a definir su política religiosa atendiendo, no al carácter positivo o negativo de los postulados de las confesiones, sino a una consideración de la decisión religiosa individual, cualquiera que ésta sea, como un acto valioso y digno de recibir protección jurídica.³¹⁴

Como enseguida se verá con algún detalle, en los primeros pasos del Estado constitucional ya se intuía de forma muy clara el sentido de lo que se acaba de decir.

Si se quisiera hacer un recorrido histórico,³¹⁵ del todo simplificado, se podría decir que la primera estación de la tolerancia religiosa se daría con la separación iglesia-Estado; la segunda etapa estaría marcada por la paridad de trato entre las diversas confesiones, de forma que el Estado no solamente no estableciera una religión oficial, sino que tampoco pudiera beneficiar en particular a una confesión determinada (por ejemplo a través del traslado de una parte de sus ingresos tributarios a fin de sostener las actividades de una religión, o por medio de la imposición de trabajo obligatorio en favor de la construcción de templos o lugares de culto, aspectos que fueron la regla de muchos regímenes políticos durante siglos); una tercera estación estaría marcada ya concretamente por la libertad religiosa con las implicaciones que enseguida se verán.

Esto se encuentra reflejado, desde el punto de vista jurídico, en las primeras declaraciones de derechos que se dan las colonias y los estados de la Confederación en los Estados Unidos.³¹⁶ En todos los estados se recogió, ya sea en sus Constituciones o en sus declaraciones de derechos, la libertad religiosa. En varios de ellos, esta libertad se acompañó con una prohibición de discriminar por motivos religiosos en el acceso a un cargo público, a ser testigo o a jurar. En

³¹⁴ Ibán, Iván C. y Prieto Sanchís, Luis, *Lecciones de derecho eclesiástico*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 139.

³¹⁵ Starck, Christian, "The Development of the Idea of Religious Freedom in Modern Times", en VV. AA., *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, IIJ-UNAM, 1996, pp. 3 y ss.

³¹⁶ Sigo la exposición de Celador, Óscar, "Libertad religiosa y revoluciones ilustradas", *cit.*, pp. 55 y ss.

una primera etapa, no existieron prohibiciones para que se diera financiación estatal a las confesiones religiosas, aunque sí fue protegida la libertad individual para no contribuir económicamente a una religión que no se profesaba. También se estableció el principio de igualdad entre las confesiones religiosas, de forma que el Estado solamente podía beneficiar a una determinada iglesia si hacía lo propio con las demás.

Por ejemplo, la Constitución de Carolina del Norte de 1776 estableció que

No existirá establecimiento de ninguna confesión religiosa en este Estado, en preferencia de otra. Ninguna persona podrá ser obligada a asistir a un acto de culto contra su voluntad o sus creencias religiosas, nadie podrá ser obligado a pagar un impuesto o a financiar la construcción o el mantenimiento de un lugar de culto, o a sostener a un ministro de culto contra su voluntad (artículo XXXIV).

La Constitución de Nueva Jersey del mismo año de 1776 dispuso que “Ninguna persona será nunca, dentro de esta colonia, privada de su privilegio a rendir culto a su Dios de la forma que lo estime conveniente de acuerdo con los dictados de su conciencia...”.

En la Constitución del Estado de Nueva York de 1777, el tema de la libertad religiosa alcanza el rango de una declaración de principio sobre la forma de proteger el valor de la tolerancia; su artículo 38 señalaba que “Estamos obligados, como consecuencia del principio de libertad racional, no sólo a expulsar a la tiranía civil, sino también a configurarnos como los guardianes y los defensores contra la opresión espiritual y la intolerancia”.

Como se sabe, uno de los textos más importantes de aquella época fundacional en los Estados Unidos fue la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776; sobre su contenido tuvieron una influencia decisiva Jefferson y Madison, que también reflejaron sus ideas (sobre todo Madison) en el texto de la Constitución Federal de los Estados Unidos; en la Declaración de Virginia se dispuso que

la religión, o la obligación de adorar a nuestro creador, así como la manera de llevarla a cabo sólo puede ser dirigida por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y de esta manera, todos los hombres están igualmente legitimados para el libre ejercicio de la religión de acuerdo con los dictados de su conciencia; y es la obligación recíproca de todo cristiano practicar la paciencia, el amor y la caridad con los demás [artículo 16].

En el mismo estado de Virginia se aprobó en junio de 1786 el llamado *Bill for Establishing Religious Freedom*, que había sido propuesto por Jefferson en

1779; en su texto se afirma, en relación con la obligación de financiar a una determinada confesión, lo siguiente: “obligar a un individuo a financiar el fomento de creencias que no comparte es pecaminoso y tiránico”.

A nivel federal, la libertad de religión se recoge en los Estados Unidos en el texto de la Primera Enmienda de la Constitución, a propuesta justamente de Madison. El hecho de que sea el tema que abre el *Bill of Rights* es bien sintomático de la importancia que tenía en esa época. El texto es contundente y breve, por lo que a lo largo del tiempo ha generado continuas intervenciones interpretativas de la Suprema Corte de los Estados Unidos:³¹⁷ “El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o prohíba practicarla libremente...”.

En el caso francés, aunque aparecen elementos coincidentes con el estadounidense, el debate sobre la libertad religiosa es acompañado por un clima intelectual mucho más favorable y por un debate público más intenso, puesto que los pensadores de la Ilustración eran, en buena medida, contrarios a los excesos que se habían visto en aquellos años por parte de la Iglesia y del Estado confesional. De hecho, el ideal de la tolerancia y la secularización del Estado fueron dos grandes banderas de los revolucionarios franceses.

En su *Tratado de la Tolerancia*, Voltaire escribía, abogando por la libertad de conciencia, que

es una pasión muy terrible el orgullo que quiere forzar a los hombres a pensar como nosotros; pero ¿no es una gran locura creer que se los trae a nuestros dogmas haciéndoles que se revelen continuamente por las calumnias más atroces, persiguiéndoles, llevándolos a galeras, a la horca, al potro y a la hoguera?... ¿No es la más peligrosa de las perversiones, la de aborrecer al prójimo por sus creencias?

Mirabeu fue más allá de lo sostenido por Voltaire y durante los debates para aprobar la Declaración francesa de Derechos de 1789 afirmó lo siguiente:

No vengo a predicar la tolerancia; la libertad más ilimitada en materia de religión es, a mis ojos, un derecho tan sagrado, que la palabra tolerancia, que quisiera expresar-la, me parecería de algún modo tiránica, pues la existencia de la autoridad, que tiene

317 Algunas de sus sentencias más relevantes sobre los alcances de la libertad religiosa se estudian *infra*, dentro del apartado sobre la regulación de ésta libertad en el derecho constitucional comparado.

el poder de tolerar, atenta a la libertad de pensamiento, por lo mismo que tolera podría no tolerar.³¹⁸

El artículo 10 de la Declaración de 1789 estableció que “Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”.

Dentro del siglo XVII, uno de los autores más importantes en materia de tolerancia religiosa fue John Locke, quien en su *Carta sobre la tolerancia* de 1688 conjuntó una serie de importantes argumentos sobre el tema que nos ocupa.³¹⁹

2. La libertad ideológica

La libertad ideológica consiste en la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión —si es que considera que tiene alguna— en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo. Por supuesto, no se trata de una dimensión puramente interna del sujeto, sino que la libertad ideológica protege las manifestaciones externas de los ideales que se forjan en el fuero interno de cada persona.

El valor que sostiene en parte a la libertad ideológica es la tolerancia, la cual exige que respetemos al otro aun cuando no estemos de acuerdo con su conducta y la misma nos parezca (moralmente) reprochable; como señala Habermas, “Debemos respetar en el otro también al conciudadano aun cuando consideremos *falsos* tanto su fe como su pensamiento y *mala* la correspondiente conducta vital. La tolerancia protege a una sociedad pluralista de ser desagarrada como comunidad política por conflictos entre cosmovisiones rivales”.³²⁰

La libertad ideológica tiene un componente individual y un componente colectivo.³²¹ El primero se desprende del principio de dignidad de la persona y es una consecuencia de la autodeterminación de la misma; el componente colectivo o institucional, por su parte, cobra sentido en la medida en que las personas

³¹⁸ Algo parecido expresó también J. W. Goethe cuando sostuvo que “La tolerancia debería ser, en realidad, sólo una actitud pasajera; tiene que conducir al reconocimiento. Tolerar significa ofender”.

³¹⁹ Locke, John, *Escritos sobre la tolerancia*, cit.

³²⁰ “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, cit., p. 7.

³²¹ Xiol Ríos, Juan Antonio, “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 19-22.

buscan y necesitan comunicar sus creencias, compartirlas con otras personas e integrarse en grupos que mantengan una ideología afín a la suya.

Desde luego, el componente colectivo puede surgir de forma más o menos voluntaria, según que la persona busque integrarse en un grupo o colectividad afín de forma espontánea o bien que esa misma persona pertenezca de forma involuntaria y por las razones que sean a un grupo o comunidad (tal sería el caso de las minorías étnicas o culturales). En cualquier caso, la dimensión colectiva de la libertad ideológica es una base mínima para generar la convivencia pacífica dentro de las sociedades democráticas contemporáneas, que presentan acentuados rasgos de pluralismo y multiculturalidad.³²²

Las manifestaciones externas que conforman el ámbito protegido de la libertad ideológica son, al menos, las siguientes:³²³

1. La libre tenencia de opiniones y creencias, es decir, la posibilidad de que cada persona tenga o deje de tener unas u otras convicciones y que esas convicciones sean inmunes frente a cualquier forma de intervención, coacción o prohibición, en tanto que no transgredan algún tipo de límite constitucional, si es que se manifiestan por medio de determinadas acciones.
2. Derecho a pertenecer a grupos y asociaciones orientados por convicciones y creencias; se trataría, en este supuesto, de la dimensión colectiva de la libertad mencionada en el inciso anterior. En este sentido, es de particular importancia subrayar que la libertad ideológica permite, en principio, que toda persona pueda integrarse en cualquier tipo de minoría, por heterodoxa o peculiar que le parezca a la mayoría, así como la posibilidad de que deje de pertenecer en cualquier momento a esa minoría.
3. Derecho a no declarar sobre la propia ideología o sobre las creencias personales. Esta manifestación de la libertad religiosa es muy importante para evitar fenómenos de discriminación. Como se ha visto en el capítulo segundo, la Constitución mexicana prohíbe la discriminación por motivo de “opiniones” o “preferencias”; de dicha prohibición en general y de la libertad ideológica en particular puede desprenderse el derecho a mantener en secreto nuestras creencias y nuestras preferencias, de forma que ninguna autoridad y ningún particular nos pueda obligar a hacer pública nuestra religión, nuestras preferencias sexuales o la opinión que tenemos sobre algún tema. Una manifestación concreta muy importante de este as-

³²² Sobre la tolerancia en las sociedad plurales, Martínez de Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.

³²³ Xiol Ríos, Juan A., “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, *cit.*, pp. 29 y ss.

pecto de la libertad ideológica es el secreto del voto, garantizado por la legislación electoral a nivel federal y estatal. Otra manifestación de este derecho es la protección contra la difusión de datos personales, cuestión que fue analizada en el apartado relativo al derecho a la intimidad.

4. Libre conformación de opiniones, convicciones y creencias. La libertad ideológica no solamente busca proteger la mera “tenencia” de creencias, sino que también protege la búsqueda de los elementos necesarios para conformarlas, lo cual se concreta de muchas maneras; por ejemplo, a través de la libertad de educación, del derecho a recibir información veraz o por medio del derecho de los padres a elegir el mejor modelo educativo y formativo para sus hijos.
5. Libertad de comunicación de ideas y opiniones; éste es un aspecto que guarda íntima relación con la libertad de expresión, que ya se ha estudiado dentro de este capítulo, por lo que remitimos a las consideraciones realizadas en el apartado correspondiente. Quizá solamente haría falta agregar que dentro de la libertad de comunicación de ideas se encuentra el fundamento de la libertad de cátedra (que también encuentra sustento, como es obvio, en la libertad educativa y en la figura de la autonomía universitaria).
6. Libertad para arreglar la propia conducta a las creencias u opiniones que se tengan; esto supone la libertad de practicar los cultos religiosos en los que se crea, así como la posibilidad de manifestar una objeción de conciencia para no cumplir con alguna obligación que sea contraria a nuestras creencias; sobre el tema de la objeción de conciencia se abunda en el apartado siguiente, relativo a la libertad religiosa. También este aspecto de la libertad ideológica supone, con algunas excepciones, la posibilidad de defensa de los individuos frente a tratamientos médicos que sean contrarios a sus creencias; las excepciones se pueden dar cuando se trate de menores de edad, cuando la persona no tenga la posibilidad de manifestar con claridad su pensamiento o cuando se acredite un estado de necesidad que ponga en peligro un bien protegido constitucionalmente (como lo puede ser la vida); por ejemplo, un juez puede ordenar una transfusión sanguínea a pesar de la negativa del paciente.³²⁴

Los anteriores son simplemente algunos aspectos en los que se concreta la libertad ideológica; en virtud de que su regulación en el derecho internacional

³²⁴ *Ibidem*, pp. 64 y 65; dentro del mismo libro, sobre el tema, ver Santolaya, Pablo, “De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)”, pp. 94 y ss.

de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado normalmente se hace junto a la libertad religiosa, remitimos al apartado correspondiente *infra* para el estudio de las normas que, en los dos ámbitos mencionados, la contemplan.

Antes de terminar este apartado, hay que resaltar el hecho de que libertad ideológica es la matriz a partir de la cual se pueden desarrollar otros derechos. El más obvio es el derecho a la libertad religiosa, que se examina enseguida. Pero también de la libertad ideológica se han desprendido los derechos multi-culturales, que —como se verá con detalle en el capítulo sexto de este libro— permiten a individuos, grupos y comunidades establecer sus propias formas de vida e impiden que el derecho aprobado por la mayoría dentro de un territorio puede hacérselas cambiar en favor de modelos más “evolucionados” o más ortodoxos; la tolerancia que sostiene en parte a la libertad ideológica, exige que se eliminen los prejuicios, que en tantos momentos de nuestra historia han generado enormes fenómenos de discriminación contra las minorías.

Finalmente, es también a partir de la libertad ideológica como pueden entenderse varios derechos de participación política, pues tales derechos suponen la posibilidad de tener y defender diferentes ideologías en el terreno de lo público, a partir de las cuales se puede intentar conformar un gobierno para modificar la orientación política de un Estado o integrar un partido político cuyo fin sea sostener ciertos puntos de vista sobre determinados temas, entre otras cuestiones.

En suma, la libertad ideológica se encuentra en el principio mismo del Estado constitucional, pero se proyecta también a lo largo de varias de sus principales líneas evolutivas, reforzando su carácter dinámico y potenciando desarrollos futuros que todavía están por ser explorados.

3. *La libertad religiosa en México*

La libertad religiosa se crea para garantizar que toda persona tendrá la libertad suficiente para asumir la creencia y prácticas religiosas que le parezcan más adecuadas. De esta forma, las personas podrán mantener, si es que creen en ella, una comunicación libre con la divinidad y profesar una correspondiente fe religiosa. De ello pueden derivar una serie de obligaciones religiosas para conducirse conforme a los mandatos que les dicte su creencia, lo cual está protegido, por regla general y con las limitaciones que enseguida se comentarán, por el derecho de libertad religiosa.

La libertad religiosa en México ha estado marcada, históricamente, por un doble ejercicio de intolerancia, o mejor dicho, de intolerancias, en plural.³²⁵ Durante buena parte del siglo XIX los textos constitucionales entonces vigentes no la permitían e imponían como posible una sola religión: la católica. Un ejemplo paradigmático de este tipo de disposiciones se encuentra en el artículo 12 de la Constitución de Cádiz, cuyo texto establecía que “La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.

También en el periodo independiente de México se observan disposiciones parecidas; así, por ejemplo, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, dispuso desde su artículo 1o. que “La religión católica, apostólica y romana es la única que se debe profesar en el Estado”; esta disposición se completaba con el contenido del artículo 15 de la misma Constitución de acuerdo con el cual “La calidad de ciudadano se pierde por crimen de heregía, apostasía y lesa nación”.

Un hereje (como se escribe hoy en día), de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, es quien “niega alguno de los dogmas establecidos por una religión”; según el mismo *Diccionario* un apóstata es quien niega “la fe de Jesucristo recibida en el bautismo”.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX y hasta las trascendentales reformas constitucionales de 1992, la intolerancia estuvo en el otro extremo: los textos constitucionales negaban la personalidad jurídica de las iglesias y agrupaciones religiosas, con lo cual, en los hechos, el Estado mexicano estaba restringiendo severamente las posibilidades de ejercicio de las creencias religiosas de muchas personas, así como limitando la posibilidad de realizar actos jurídicos por las mencionadas iglesias.

Por supuesto, en lo que hace a este segundo momento histórico, las disposiciones constitucionales (como en tantos otros casos que se podrían mencionar) no se cumplían a cabalidad; la autoridad se hacía de la vista gorda para no sancionar patentes violaciones a las disposiciones que prohibían a las iglesias impartir educación o realizar manifestaciones de culto fuera de los templos. Por su lado, las iglesias acudían a todos los mecanismos de fraude a la ley y de simulación para burlar la regulación que restringía su ámbito de actuación.

325 Para un primer acercamiento a la historia de las relaciones entre el Estado y las iglesias en México, *cfr.* Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2001, pp. 17 y ss., así como González, María del Refugio, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México”, en VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994, pp. 113 y ss.

Los rasgos que derivaron del texto original de la Constitución de 1917 en materia de libertad religiosa han sido sintetizados con acierto por José Luis Soberanes en los siguientes términos,³²⁶ que ofrecemos de manera resumida:

1. Educación laica y, entre los años 1934 y 1946, educación “socialista”.
2. Prohibición a las corporaciones religiosas y a los ministros de culto de establecer y dirigir escuelas primarias.
3. Prohibición de realizar votos religiosos y de establecer órdenes monásticas.
4. El culto público solamente se podía realizar dentro de los templos, los cuales estarían bajo vigilancia de la autoridad.³²⁷
5. Prohibición para las asociaciones religiosas de adquirir, poseer o administrar bienes raíces, incluyendo los templos, que pasaron a ser propiedad de la nación.
6. Desconocimiento de la personalidad jurídica de las agrupaciones religiosas llamadas iglesias.
7. Reserva para los mexicanos por nacimiento del ejercicio del ministerio de culto, excluyendo en consecuencia a los extranjeros o a los mexicanos por naturalización tal ejercicio.

Como quiera que sea, adoptando una perspectiva histórica amplia, que no se refiera simplemente a lo que sucedió en el desarrollo del Estado mexicano, es evidente que, como acreditan los casos de Francia y Estados Unidos a finales del siglo XVIII, tiene sentido hablar de libertad religiosa solamente cuando el poder político logra desvincularse del poder eclesiástico. Mientras los dos poderes se confunden, el tema de la libertad religiosa no tiene sentido, puesto que el Estado y la fe religiosa son uno mismo. Es por tanto a partir del proceso de secularización del Estado cuando se puede comenzar a desarrollar la libertad religiosa; y particularmente a partir del surgimiento de las modernas repúblicas democráticas,³²⁸ en cuyo seno se ha podido debatir pacíficamente sobre una

³²⁶ *El derecho de libertad religiosa*, cit., pp. 35 y 36.

³²⁷ Una perspectiva integral del régimen jurídico de los lugares de culto religioso en el derecho español, que es interesante para suscitar algunas cuestiones aún no resueltas en México, se puede ver en Rodríguez Blanco, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, CEPC, BOE, 2000.

³²⁸ Uno de los principios que se encuentran en los ideales republicanos es el de la laicidad del Estado, como lo recuerda Carlos de Cabo, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, IIJ-UNAM, 1997, p. 84. Este mismo autor subraya el binomio histórico entre “trono-altar” y “república-laicismo”.

serie de cuestiones por las que hace unos siglos llevaban a las personas a la hoguera.

Como afirma José Luis Soberanes, la mayor parte de la doctrina que ha estudiado el tema de la libertad religiosa ha considerado más útil analizar su contenido que proporcionar una definición;³²⁹ me parece acertada dicha postura, pues el despliegue de los efectos prácticos de la libertad religiosa se dará a partir de lo que se considere su contenido, que es el que va a marcar los alcances de la protección constitucional.

En consecuencia, a partir del texto constitucional vigente de los artículos 24 y 130, vale la pena preguntar cuáles son en particular las libertades que permiten ejercer esos preceptos, o dicho en otras palabras, ¿qué conductas concretas pueden lícitamente desprenderse del derecho de libertad religiosa? Un texto que puede ser muy orientativo al respecto es el artículo 6o. de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981.³³⁰ Conforme a ese precepto, la libertad religiosa comprende las libertades siguientes:

- La de practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines (inciso a);
- La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas (inciso b);
- La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materias necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción (inciso c);
- La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas (inciso d); es decir, lo que se podría llamar los actos de difusión religiosa;
- La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines (inciso e); hay que señalar que este precepto establece la posibilidad de llevar a cabo procesos de enseñanza religiosa, pero no reconoce de forma explícita el derecho a recibir educación religiosa en los distintos niveles educativos, ni tampoco a que este tipo de enseñanza se imparta en las escuelas públicas; este hecho es muy relevante ya que en el derecho mexicano es una de las cuestiones más recurrentes en el debate sobre los alcan-

³²⁹ *El derecho de libertad religiosa, cit.*, p. 45.

³³⁰ Consultable en Carbonell, Miguel (revisión y actualización), *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, México, Porrúa, 2004, pp. 79 y ss.

ces del Estado laico y sobre lo que falta por conseguir en materia de libertad religiosa en el país.

- La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones (inciso f); en este punto también se pueden señalar algunos elementos de duda: ¿entre las “instituciones” que menciona la Declaración se encuentra también el Estado?, es decir, ¿las instituciones estatales podrían contribuir por medio de donativos o subsidios al mantenimiento de una determinada religión? Estas preguntas no son ociosas para el presente de muchos países (como Italia y España), en los que los contribuyentes, al hacer su declaración anual del impuesto sobre la renta pueden disponer que una parte de los recursos que entregan al Estado sean transferidos a la Iglesia Católica.
- La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción (inciso g); esto supone, como en cualquier otra organización, la libertad para autoorganizarse, lo cual a su vez implica la posibilidad de nombrar a sus dirigentes.
- La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción (inciso h); este punto pone de manifiesto como ningún otro la falta de neutralidad de muchos Estados occidentales en relación con el fenómeno religioso; la cuestión es bien sencilla: ¿cuál es el día que las leyes laborales señalan como festivo dentro de cada semana? El domingo, como lo señala el libro sagrado de los católicos. ¿Cuáles son las principales festividades escolares y días festivos durante el año? Varios de ellos tienen que ver con el comienzo del año católico o con la celebración de la Semana Santa católica. En este contexto y con fundamento en el derecho de libertad religiosa, ¿podrían reclamar derechos diferentes quienes profesan una religión distinta de la católica? ¿Por ejemplo, tendrían derecho a no trabajar en sábado o a cambiar su calendario escolar para respetar sus propias festividades religiosas? La cuestión permanece como un debate abierto en varios países del mundo occidental.
- La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional (inciso i); esta libertad es muy importante, ya que la mayoría de comunidades religiosas tienen alcances supranacionales y los centros en los que residen sus respectivas jerarquías o en los que se encuentran sus lugares santos pueden estar más allá de las fronteras del Estado al que pertenece una persona. Por eso es muy relevante que toda

persona que se encuentre en ese supuesto pueda mantener comunicación por todas las vías y en todas las formas posibles con esos centros y con esas jerarquías.

Muy parecido al precepto que se acaba de citar es el artículo 2o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de junio de 1992, el cual especifica que el contenido del derecho de libertad religiosa comprende lo siguiente en favor de todo individuo:

- Tener o adoptar la creencia religiosa que más le agrade y practicar, en forma individual o colectiva, los actos de culto y ritos de su preferencia.
- No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa.
- No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas; en esa virtud, la ley dispone que no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a alguien el ejercicio de cualquier trabajo o actividad, salvo en los casos previstos en la misma ley.
- No ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, Iglesia o cualquier otra agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso.
- No ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa por la manifestación de ideas religiosas, y
- Asociarse o reunirse pacíficamente con fines religiosos.

4. Límites a la libertad religiosa

Como todo derecho, también la libertad religiosa tiene límites. Su exposición, en el derecho constitucional mexicano, reviste un interés especial puesto que una parte muy relevante de la doctrina nacional sostiene que las reformas constitucionales de 1992 se quedaron cortas y que todavía hace falta remover algunos límites para tener una libertad religiosa plena en el país.³³¹

A nivel internacional se debe mencionar que la citada Declaración de la ONU para eliminar las discriminaciones en materia de intolerancia religiosa señala en su artículo 1.3 que “La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba

³³¹ Sobre el tema, Soberanes, *El derecho de libertad religiosa*, cit., pp. 59 y ss.

la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En México, el artículo 130 es el que establece varias limitaciones a la libertad religiosa como derecho, así como a las personas que forman parte activa de las asociaciones religiosas. Las limitaciones a las que hace referencia dicho artículo son las siguientes:

- Los ministros de culto no podrán ocupar cargos públicos, a menos que dejen de serlo con la anticipación que, en su caso, señalen las leyes.
- Los ministros de culto no tendrán, como una de las posibles consecuencias de lo anterior, el derecho de sufragio pasivo, es decir, no podrán ser votados. Esta disposición del artículo 130 se refuerza con algunas otras disposiciones constitucionales, referidas a los requisitos que una persona debe reunir para acceder a los principales cargos públicos del país. Así por ejemplo, el artículo 82 establece como requisito para ser presidente de la República, “No pertenecer al Estado eclesiástico ni ser ministro de algún culto” (fracción IV); de la misma forma, los artículos 55 y 58 de la Constitución disponen como requisito para ser diputado o senador en el Congreso de la Unión el “No ser ministro de algún culto religioso”.
- Los ministros de culto no podrán ejercer el derecho de asociación en materia política, ni hacer proselitismo en favor o en contra de algún candidato, partido o asociación política.
- No podrán, en alguna reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, o en publicaciones que tengan ese carácter, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.
- Las formaciones políticas no pueden tener en su denominación palabra o indicación alguna que las vincule con alguna confesión religiosa.
- No se pueden celebrar en los templos reuniones de carácter político.
- Los ministros de culto, algunos de sus familiares y las asociaciones religiosas no tienen capacidad para recibir herencias por testamento de las personas a las que hayan auxiliado espiritualmente, a menos que sean familiares suyos dentro del cuarto grado.

Como se puede apreciar, el artículo 130 utiliza algunos términos que se deben interpretar muy restrictivamente para preservar el contenido esencial de la libertad religiosa. Por ejemplo, cuando hace referencia a reuniones políticas, debe interpretarse como reuniones de carácter electoral o reuniones que tengan por objetivo realizar proselitismo en favor o en contra de un partido o de un

candidato, pues el concepto de lo político es muy amplio y puede llegar a abarcar casi cualquier actividad social. Las prohibiciones en materia política tienen por objeto impedir que se manipulen los sentimientos religiosos del pueblo con fines electorales o partidistas,³³² así como mantener separadas las esferas pública y privada, como ámbito propio del Estado y de las iglesias, respectivamente.

También restrictivamente debe interpretarse la última parte del párrafo primero del artículo 24 constitucional, cuando señala que la libertad religiosa se puede ejercer siempre que no constituyan “delitos o faltas penados por la ley”. Queda claro que la libertad religiosa no puede amparar la comisión de delitos, pero en cuanto a las “faltas” parece que la mención que hace el texto constitucional no es muy afortunada, ya que deja al libre arbitrio de las autoridades administrativas (que son las que determinan qué conductas son faltas, cosa que no sucede con los delitos, que solamente pueden ser establecidos a través de un mandato del Poder Legislativo) la fijación de los alcances de la libertad religiosa.³³³

La jurisprudencia nacional sobre libertad religiosa no es muy abundante; de entre los escasos criterios jurisprudenciales sobre el tema, y a reserva de lo que se dirá en el siguiente apartado, conviene citar el siguiente:

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 48 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL QUE ORDENA QUE AQUÉLLOS SE MANTENGAN AJENOS A TODA DOCTRINA O ACTIVIDAD RELIGIOSA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 48 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, al ordenar que los colegios de profesionistas serán ajenos a toda actividad de carácter político o religioso, quedándoles prohibido tratar asuntos de tal naturaleza en sus asambleas, no vulnera la garantía de libertad de cultos. Lo anterior, en virtud de que los referidos colegios adquieren con motivo de su registro ante la autoridad competente una serie de derechos y obligaciones que son de interés público y, en virtud de esa peculiaridad, deben quedar sujetos a los principios que rigen el actuar de toda entidad pública en nuestro sistema, entre ellos, el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias, recogido en el primer párrafo del artículo 130 constitucional y reiterado en la fracción I del artículo 3o. de la propia Constitución, conforme al cual, la actuación de las personas morales que, por disposición legal, realizan funciones que son de interés público debe mantenerse ajena a toda doctrina o actividad religiosa, sin

³³² Soberanes, *El derecho de libertad religiosa*, cit., p. 58.

³³³ Agradezco a Jorge Adame haberme hecho reparar sobre esta parte del artículo 24 constitucional y sobre sus implicaciones.

que ello se traduzca en una limitación a la referida garantía que consagra el artículo 24 de la carta magna en favor de las personas que asociándose han constituido dichos colegios, pues cada una de ellas, en lo individual, puede ejercer su derecho constitucional; y si desean incursionar en actividades de esa naturaleza, pueden hacerlo siguiendo las formas y cauces pertinentes, esto es, constituyéndose como una asociación religiosa, en los términos establecidos en el mencionado artículo 130 y en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Amparo en revisión 295/99. Colegio Mexicano de Licenciados en Administración, A. C. 8 de mayo de 2000. Unanimitad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, septiembre de 2000, tesis P. CXXXVI/2000, p. 14.

Sobre la ineligibilidad de los ministros de culto para ejercer cargos públicos electivos y, aun antes, para ser candidatos a esos cargos, el Tribunal Electoral ha sostenido un extraño criterio, en el que se asienta que dicha ineligibilidad se configura incluso en el caso en que la iglesia de la que sean ministros de culto los interesados no esté registrada legalmente; se trata de la siguiente tesis:

MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO. SON INELEGIBLES, AUNQUE LA AGRUPACIÓN O IGLESIA A LA QUE PERTENEZCAN NO ESTÉ REGISTRADA LEGALMENTE. De una interpretación sistemática del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de los artículos 6o., 9o. y 10 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, se arriba a la conclusión de que el hecho de que las iglesias o agrupaciones religiosas adquieran personalidad jurídica como asociaciones religiosas, una vez que han sido registradas ante la autoridad competente, en modo alguno significa, que las que no han obtenido su registro constitutivo, no existan en la realidad, como unidades sociológicas. Lo cierto es que tales entes sí tienen existencia en la práctica, lo cual, incluso, se encuentra reconocido en la ley, por ejemplo, en el artículo 10 en relación con el artículo 9o., fracción III, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que prevén la posibilidad de que esos entes realicen actos de culto público religioso, aun cuando no tienen la personalidad jurídica, con la que cuentan las asociaciones religiosas. Ante esta situación, es claro que para la demostración de la calidad de ministro de culto religioso de una persona, no es necesario acreditar que la iglesia o agrupación religiosa a que pertenece, se encuentre constituida legalmente como asociación religiosa, puesto que de acuerdo a lo anterior, alguien puede ser ministro de culto de una agrupación religiosa o iglesia que no esté registrada en términos de ley, y ello evidentemente basta para hacerlo inelegible para contender a un cargo de elección popular. Sala Superior, tesis S3EL 104/2002. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-114/99. Coalición formada por los partidos Acción Nacional, de la Revolución Democrática, del Trabajo y Ver-

de Ecologista de México. 25 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Eliseo Puga Cervantes.

Decimos que se trata de una tesis un tanto extraña fundamentalmente por las dos siguientes consideraciones:

a) en primer lugar porque parecería legítimo sostener que, de acuerdo con el sistema de reglas establecido en el artículo 130 constitucional y en la ley que lo desarrolla, las iglesias y agrupaciones religiosas tendrían condicionada su existencia (y por tanto su protección y límites constitucionales) al hecho de que se registraran como tales, de forma que si tal registro no se diera las agrupaciones jurídicamente no tendrían existencia ni, en consecuencia, podrían ser consideradas como tales; hay que recordar que el artículo 130 en su inciso A claramente señala que “Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro”,³³⁴ y

b) en segundo lugar habría que recordar que una de las reglas de interpretación en materia de derechos fundamentales es el principio *pro homine*, lo que significa entre otras cuestiones que siempre que a una disposición jurídica se le puedan dar dos o más interpretaciones, se deberá de preferir la que proteja de forma más amplia los derechos fundamentales de la persona afectada; la misma regla se aplica en materia jurisdiccional, lo que supone que ante dos posibles soluciones en un conflicto jurisdiccional, el juez o tribunal que esté conociendo del caso debe resolver eligiendo la solución que más proteja los derechos fundamentales. De lo que se alcanza a entender de la tesis, parece que el Tribunal Electoral adoptó una posición restrictiva y no tuvo en cuenta los dos factores que se acaban de mencionar.

5. *Temas pendientes en México en materia de libertad religiosa*

Conforme a la idea de mantener separados al poder civil y al poder eclesiástico, el Estado mexicano debe permanecer neutral con respecto a cualquier religión, tolerando toda manifestación de culto religioso que no vaya en contra de los derechos fundamentales o de las leyes penales. Así parece reconocerlo el artículo 3o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, al señalar que

El Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de las le-

³³⁴ Ver también el artículo 6o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

yes, conservación del orden y la moral públicos y la tutela de los derechos de terceros. El Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco en favor o en contra de ninguna Iglesia o agrupación religiosa. Los documentos oficiales de identificación no contendrán mención sobre las creencias religiosas del individuo.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca y defienda la neutralidad del Estado y la necesidad de que México se mantenga en consecuencia como un Estado laico, no significa que no existan temas que se encuentran en la frontera de discusión sobre el significado de la laicidad en el Estado contemporáneo y que tienen que ver, en opinión de algunos, con el contenido de la libertad religiosa. Seguramente por motivos históricos, la discusión sobre las relaciones entre el Estado y las iglesias en México han estado cargadas de prejuicios; una democracia madura (a la que todavía no llegamos, pero que es a la que tenemos que seguir aspirando) debe tener la capacidad suficiente para discutir con libertad todos los temas, por difíciles que puedan ser. En este contexto es que debemos afrontar los temas pendientes en materia de libertad religiosa.

A continuación, siguiendo el punto de vista de José Luis Soberanes,³³⁵ nos detenemos en el análisis de dos importantes cuestiones:

A. *La objeción de conciencia*

Un tema pendiente de resolver en México, sobre el que ha llamado la atención la doctrina, es el de la objeción de conciencia.³³⁶ La objeción de conciencia, para decirlo sintéticamente, tiene por objeto eximir del cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones impuestos por la ley en virtud de que dichos deberes pueden afectar a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa de algunas personas. En muchos países la objeción de conciencia se ha aplicado, por ejemplo, para eximir a ciertas personas del cumplimiento del servicio militar.³³⁷

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público parece tomar una postura contraria a la objeción de conciencia, al señalar en su artículo 1o. que “las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas por las leyes”. Este texto parece un poco sim-

³³⁵ *El derecho de libertad religiosa, cit.*, pp. 60 y ss.

³³⁶ Como introducción al tema, puede verse la obra colectiva *Objeción de conciencia*, México, IJ-UNAM, 1998.

³³⁷ Ver, por ejemplo, Cámara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.

plista y además, bajo determinadas circunstancias, puede resultar inconstitucional, por ejemplo si un deber legal afecta o restringe el contenido de la libertad consagrada en el artículo 24 constitucional.

La objeción de conciencia pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales de la filosofía del derecho: el de la obediencia al derecho. La pregunta fundamental es: ¿debemos cumplir una ley que nos obliga a dejar a un lado nuestras creencias filosóficas o religiosas más profundas? Desde luego, es obvio que el derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión no puede alcanzar para eximir a alguna persona de cumplir con un deber que le impone la misma Constitución, pero ¿qué sucede con los deberes que impone un ordenamiento subconstitucional?

No hay respuestas fáciles a estas preguntas, cuya relevancia y profundidad requerirían sin duda un tratamiento muy detenido y extenso, que sobrepasa con creces las posibilidades de este libro. En México hay un caso concreto que ha puesto a prueba la extensión de la libertad religiosa y que ha arrojado bastante luz acerca de la necesidad de regular la objeción de conciencia: se trata del caso de los Testigos de Jehová en relación a los honores que deben rendirse a la bandera nacional. Vale la pena analizarlo con algún detenimiento.³³⁸

El artículo 15 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales dispone que en las instituciones de enseñanza elemental, media y superior se rindan honores a la Bandera Nacional al inicio y fin de curso, así como todos los lunes del periodo lectivo. La obligación de rendir culto a los símbolos patrios está prohibida por las creencias religiosas de los Testigos de Jehová puesto que la entienden como una idolatría a un símbolo político y mundano, lo cual resulta inaceptable para ellos.

Como respuesta a la falta de participación de niños que pertenecían a los Testigos de Jehová en las ceremonias que indica el artículo 15 de la Ley sobre el Escudo se suscitaron a partir de los años 90 expulsiones de esos menores de diversas escuelas primarias públicas en todo el país.

Los datos demuestran la dimensión del problema. Entre 1990 y 1991 se interpusieron 72 amparos contra expulsiones escolares decretadas por el motivo que se acaba de apuntar; en esos años sufrieron esa medida poco más de 3,700 alumnos. Gracias la intervención de los jueces federales y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las expulsiones fueron bajando sensiblemente en los años siguientes, pero se siguen produciendo en al menos 12 estados de

³³⁸ En lo que sigue me basaré fundamentalmente en el excelente trabajo de Martínez Torrán, Javier, "Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México", *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 117, México, abril de 2000, pp. 7 y ss.

la República; en el ciclo escolar 1999-2000 todavía se adoptaron medidas sancionadoras por este tema, mismas que afectaron a más de 200 niños.³³⁹ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió desde junio de 1991 hasta marzo de 2003 1,110 quejas sobre el tema.

Originalmente, el Poder Judicial federal consideró que no había violaciones constitucionales en la expulsión de los Testigos de Jehová, por ejemplo en la tesis siguiente:

ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA. Los acuerdos que las autoridades educativas adopten para separar a los alumnos con base en la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, no violan garantías en su perjuicio porque si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que la profesan apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, equivaldría someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo, lo que a su vez pugnaría con el acto de creación del derecho por parte de la comunidad. Así, tales acuerdos apoyados en que el alumno, so pretexto de pertenecer a los “Testigos de Jehová” omite rendir honores a los símbolos patrios contemplados en la invocada Ley, no trasgreden los artículos 3o., 14 y 24 constitucionales. El 3o. porque no se está impidiendo en forma absoluta el ingreso a las instituciones educativas, sino que únicamente se trata de preservar el espíritu de ese precepto derivado de la titularidad que se confiere al Estado para la conducción de la tarea educativa; el 14, porque si la educación como garantía individual de los mexicanos, está al margen de toda creencia, dogma o doctrina religiosa, no rige el principio de previa audiencia para que los alumnos sean separados de las escuelas, pues de escucharlos implicaría el absurdo de darles oportunidad de oponerse a las disposiciones reguladoras de la disciplina interna del plantel, bajo argumento de su fe de la secta denominada “Testigos de Jehová”; el 24, porque de conformidad con este artículo las ceremonias o devociones del culto religioso, se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trasciendan en el ámbito social del individuo. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación*, t. V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 209.

En decisiones posteriores, los jueces federales han matizado el anterior criterio, llegando a sostener la inconstitucionalidad de las expulsiones,³⁴⁰ aunque sobre el tema no se ha pronunciado todavía la Suprema Corte.

³³⁹ Martínez Torrón, Javier, “Los testigos...”, *cit.*, p. 8.

³⁴⁰ Soberanes, José Luis, *El derecho de libertad...*, *cit.*, pp. 69-70.

En 1992 la CNDH realizó un estudio y concluyó que las expulsiones de menores en escuelas públicas eran contrarias a la Constitución; curiosamente, sin embargo, la CNDH no utilizó el argumento de la libertad religiosa ni consideró la posibilidad de reconocer una legítima objeción de conciencia por parte de los Testigos de Jehová, sino que se apoyó en el derecho a la educación reconocido por el artículo 3o., así como en el carácter obligatorio de la educación básica.³⁴¹ Luego de ese estudio de la CNDH varias comisiones estatales de derechos humanos emitieron recomendaciones en el mismo sentido, aportando algunas de ellas sus propios matices,³⁴² entre los que se incluye un mayor protagonismo del artículo 24 para fundamentar la inconstitucionalidad de las expulsiones.³⁴³ También han aceptado el criterio de la CNDH las autoridades educativas, las cuales han considerado improcedente la expulsión del alumno, pero han decidido aplicar sanciones en forma de disminución de calificaciones en las materias de conducta o civismo.³⁴⁴

A mediados de mayo de 2003, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió una muy relevante Recomendación General, la número 5/2003, cuyo tema principal es “la discriminación en las escuelas por motivos religiosos”. La Recomendación está dirigida a los gobernadores de las entidades federativas y al secretario de Educación Pública del gobierno federal.

En esta Recomendación General la Comisión precisa de forma muy acertada que no solamente la expulsión de la escuela es una sanción contraria a los derechos fundamentales de los menores, sino que también lo es cualquier otro tipo de sanción, puesto que vulnera el principio de no discriminación por razones religiosas del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución, el artículo 3o. constitucional que recoge el derecho a la educación y la obligatoriedad de la educación preescolar, primaria y secundaria, el artículo 16 de la carta magna porque las sanciones no tienen fundamento jurídico alguno y el artículo 24 del mismo ordenamiento porque con ellas de hecho se está impidiendo la libertad de creencias. Como se puede observar, la Comisión con esta Recomendación precisa, afina y detalla el camino que el mismo órgano había abierto años atrás, ensanchando de esa manera la libertad de creencias en México.

En el texto de su Recomendación General la Comisión afirma que

La diferencia que presenta el credo de los alumnos testigos de Jehová, debe ser respetada por toda la comunidad escolar, porque en la medida en que sus miembros

³⁴¹ Martínez Torrón, Javier, “Los testigos...”, *cit.*, p. 57.

³⁴² *Ibidem*, pp. 59 y ss.

³⁴³ *Ibidem*, p. 61.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 62.

acepten y comprendan al otro, los centros educativos del país formarán individuos preparados para insertarse en una sociedad plural y cambiante, que debe tener como valor principal el respeto a la dignidad humana. Los criterios que rigen la educación que imparte el Estado no pueden desarrollarse en un entorno donde se discrimina y se sanciona a los individuos por sus creencias religiosas.

Más adelante, dentro del mismo texto, se afirma que

tratar de manera desigual a los educandos por una creencia originada en una diferencia cultural resulta poco pedagógico y refleja incapacidad para entender y aceptar una realidad cada vez más compleja de la sociedad mexicana. Así, castigar la diversidad, puede ser el camino más corto para convertir la diferencia en un conflicto político o social.

Un problema distinto al que se acaba de narrar es el que se ha presentado cuando los Testigos de Jehová son los maestros y no los alumnos. En ese caso, algunos profesores se han negado a participar en los honores a la bandera y han recibido como sanción la rescisión unilateral de la relación laboral. Sobre este último caso sí ha tenido oportunidad de pronunciarse la Suprema Corte al resolver una contradicción de tesis entre dos tribunales colegiados; en el criterio de la Corte, los profesores no pueden dejar de cumplir con el deber legal de fomentar en sus alumnos la costumbre de rendir honores a la bandera y el amor a la patria, y si lo hicieran alegando su pertenencia a los Testigos de Jehová incurrirían en varias hipótesis de las que prevé la Ley Federal de los Trabajadores al Servicios del Estado para ser cesados.³⁴⁵

La Recomendación General número 5/2003 aborda de manera muy sucinta el caso de los profesores, aunque concluye que también para ellos se deben tomar medidas que protejan su libertad religiosa; en opinión de la Comisión los docentes tampoco pueden ser sancionados por no participar en las ceremonias cívicas y por no rendir honores a los símbolos patrios. La Comisión considera que si por esa razón se le aplicaran sanciones a algún docente se violarían además de los preceptos que ya se han señalado en el caso de los alumnos, el artículo 5o. que establece la libertad de trabajo. Desde mi punto de vista, el criterio de la Comisión comprende de mejor manera el sentido y alcance de la libertad religiosa que el expuesto por la Suprema Corte, la cual debería de tomar en cuenta el contenido de la Recomendación General 5/2003 para modificar su criterio tan pronto como le sea posible.

³⁴⁵ Soberanes, José Luis, *El derecho de libertad...*, cit., pp. 70 y 71.

Problemas semejantes a los que se acaban de analizar se han suscitado también en otros países, en los que se han producido interesantes respuestas por parte de los jueces constitucionales; algunas de ellas serán revisadas en el apartado referido a la libertad religiosa en el derecho comparado. De momento, conviene subrayar la necesidad y pertinencia de que, dentro de los sistemas jurídicos de Estados democráticos, las leyes no puedan imponerse siempre y en cualquier caso sobre la conciencia de los ciudadanos, de forma que el propio ordenamiento prevea supuestos de excepción a través del reconocimiento de la objeción de conciencia.³⁴⁶

El caso de los Testigos de Jehová es especialmente notable y ha detonado en buena medida el debate sobre la cuestión de la objeción de conciencia, pero la reflexión sobre el tema debe tener un carácter más amplio, incluso para ser encuadrado no solamente como una parte de la libertad religiosa, sino también y sobre todo como una manifestación concreta de la libertad ideológica.

Pensemos por ejemplo en el caso del aborto; si un médico que trabaja para un hospital público tiene como una de sus creencias más íntimas el que la vida se debe proteger desde el momento de la concepción, ¿podríamos sancionarlo por no querer llevar a cabo una interrupción del embarazo permitida por la ley? O si otra persona considera profundamente inhumanas las acciones bélicas, ¿podríamos obligarlo a prestar el servicio militar y a capacitarse para desempeñar una tarea que considera del todo negativa?

Imaginemos el caso de un estudiante de medicina o de un empleado de un laboratorio médico que se oponen a realizar prácticas de experimentación que consistan en la vivisección de animales, o en operaciones de manipulación genética; ¿sería legítimo imponerles una sanción (de orden laboral o administrativo, por ejemplo) por negarse a participar en actividades que afectan a sus creencias y a la representación axiológica que tienen del mundo y de la vida? Recordemos que también en materia de ejercicio periodístico existe la llamada “cláusula de conciencia”, para poner a salvo las convicciones de un comunicador frente a los intereses de la empresa para la que trabaja.³⁴⁷

En el capítulo sexto de este libro se abundará en el tema, puesto que la teoría de los derechos colectivos y, más en general, la discusión sobre el multiculturalismo, deben enfrentar justamente estos dilemas, que sin bien no son sencillos se están presentando con mucha frecuencia en nuestros Estados democráticos, por lo que debemos comenzar a imaginar la mejor forma de resolverlos.

³⁴⁶ Sobre las alternativas concretas por medio de las que se podría dar este reconocimiento, Martínez Torrón, Javier, “Los testigos...”, *cit.*, pp. 76 y ss.

³⁴⁷ Sobre la cláusula de conciencia de los periodistas se ha abundado en el apartado relativo a la libertad de prensa, incluido en este capítulo.

Para demostrar las dificultades que genera este tema conviene adelantar a lo que se dirá en el mencionado capítulo sexto las preguntas que aporta Dieter Grimm, citado por Habermas, varias de las cuales guardan estrecha relación con la libertad religiosa y sus límites:

¿Puede llevar turbante un motociclista *sij* apelando a su deber religioso y quedar así exento de la obligación general de llevar casco? ¿Se le tiene que servir comida *kosher* a un preso judío? ¿Tiene derecho un trabajador musulmán a interrumpir su jornada laboral para realizar sus oraciones? ¿Puede ser despedido un trabajador por ausentarse del trabajo en las fiestas mayores de su comunidad religiosa?... ¿Tiene derecho una alumna musulmana a ser eximida de las clases de educación física porque a ella no le está permitido mostrarse ante los otros alumnos en traje de deporte? ¿Puede llevar pañuelo en la escuela una alumna musulmana?... ¿Se les tiene que prohibir aquí la poligamia a los mormones, cuando en su país de origen se les permite?³⁴⁸

Los ejemplos con seguridad podrían multiplicarse. Lo que está en juego, en el fondo, es el peso de las creencias y convicciones de cada persona frente al poder del Estado para imponer obligaciones, algunas de las cuales pueden afectar de manera sensible dichas creencias. En la mayor parte de los casos no se podrán adoptar soluciones definitivas y los ordenamientos jurídicos tendrán que permanecer abiertos a los cambios que se vayan generando en la sociedad; bajo cualquier perspectiva, conviene en este punto recordar el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales, que operan también como un reducto de las creencias personales que debe ser inexpugnable para el poder público.

Por otro lado, hay que recordar que en los Estados democráticos el derecho no puede imponerse simplemente por la pura fuerza física de la coacción estatal, sino que tiene sobre todo que convencer a sus destinatarios de la bondad, utilidad o pertinencia de cumplir con la norma; es de este convencimiento del que se puede derivar una obligación ya no jurídica, sino *ética* de cumplir con lo dispuesto por el ordenamiento; el consenso es una de las mejores fuentes que tiene un Estado para exigir el acatamiento por parte de los ciudadanos de la legislación democráticamente creada y aplicada.

La objeción de conciencia, como ha subrayado parte de la doctrina que ha estudiado el tema, guarda alguna semejanza con la desobediencia civil. La primera, sin embargo, tiene un carácter marcadamente individual y, aunque per-

³⁴⁸ Habermas, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *cit.*, p. 10, nota al pie 18.

mite que una persona no cumpla con alguna norma determinada que le impone una obligación, no tiene por objetivo final la modificación o abolición del ordenamiento jurídico, sino simplemente la exención de un deber en virtud de que entra en conflicto con alguna creencia o convicción personal.

La desobediencia civil, por su parte, tiene un carácter más bien colectivo, que puede tener por objetivo la derogación de una norma, o una protesta por determinadas actuaciones del gobierno, o expresar la disconformidad de un grupo de personas hacia un determinado fenómeno social.

En la mayor parte de los ordenamientos modernos la objeción de conciencia se contempla como un derecho individual, mientras que la desobediencia civil suele ser una cuestión de hecho; en consecuencia, la primera tendría cobertura jurídica, mientras que la segunda no. Sin embargo, algunos ordenamientos sí contemplan a la desobediencia civil como un derecho. Tal es el caso de las Constituciones portuguesa y alemana, que suministran un par de ejemplos relevantes sobre la forma de regular este derecho. La primera de ellas, en su artículo 21, dispone que “Todos tendrán derecho a resistir cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no fuere posible acudir a la autoridad pública”. La segunda, en su artículo 20.4, establece que “Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden constitucional”.

La resistencia a la opresión no fue desconocida por el constitucionalismo de finales del siglo XVIII; cabe recordar, por ejemplo, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, establecía que “La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre” (artículo 33) y señalaba que “Hay opresión contra la sociedad cuando uno solo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando la sociedad está oprimida” (artículo 34); la consecuencia de lo anterior, de acuerdo con la misma Declaración, era clara: “Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada parte de él el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes” (artículo 35).

Es importante apuntar que, como escribe Gerardo Pisarello,

bajo ciertas prevenciones, el modelo del Estado constitucional democrático admite ciertas manifestaciones de desobediencia civil, habida cuenta de que ningún derecho, ni siquiera el democrático representativo, genera una obligación definitiva de obediencia moral. De ahí la posibilidad de la resistencia no violenta, de la protesta, entendidas incluso como mecanismos de defensa de la Constitución, en especial cuando se producen evidentes abusos de órganos ejecutivos y legislativos y la juris-

dicción constitucional se encuentra bloqueada o bien actúa subordinada a los demás poderes.³⁴⁹

O para decirlo con las palabras de Habermas,

Una constitución democrática concebida como proyecto de realización de iguales derechos cívicos tolera la resistencia del disidente que tras el agotamiento de todas las vías jurídicas combate las decisiones legítimamente aprobadas, aunque siempre con la condición de que los ciudadanos “desobedientes” han de justificar su resistencia de manera plausible a partir de los principios constitucionales y han de ejercerla de manera pacífica, es decir, con medios simbólicos.³⁵⁰

B. La impartición de contenidos religiosos en las escuelas públicas

Un punto muy sensible en el debate sobre la libertad religiosa es el que tiene que ver con la posibilidad de que en las escuelas públicas se impartan contenidos de educación religiosa.³⁵¹ El ordenamiento jurídico mexicano de momento no lo permite, puesto que la fracción I del artículo 3o. constitucional señala con claridad que “Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación (se refiere a la que imparte el Estado) será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”. En las escuelas particulares sí se podrán transmitir contenidos religiosos, como se desprende de la lectura del inciso a) de la fracción VI del mismo artículo 3o.

Es importante señalar que lo que se discute no es si *toda* la educación tendrá una orientación religiosa, sino simplemente si entre las materias que confor-

349 “Notas sobre constitucionalismo y conflictividad social”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 22, 1998, pp. 281 y 282; sobre las relaciones entre derecho y moral y en general sobre los fundamentos para reclamar la obediencia a las normas jurídicas, Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998; sobre la discusión y eventual fundamentación filosófica de la desobediencia civil, de entre lo mucho que se ha escrito, Bobbio, Norberto, “La resistencia a la opresión, hoy”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 276 y ss., así como Garzón Valdés, Ernesto, “El problema de la desobediencia civil”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 611 y ss.; para un análisis del caso español, Falcón y Tella, María José, “La desobediencia civil y la Constitución española de 1978: ¿un derecho a la desobediencia?”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IJ-UNAM, 2000, t. III.

350 “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *cit.*, p. 6.

351 Se trata de un tema que se está debatiendo desde hace años en varios países; para una aproximación al debate que se ha suscitado en España, que en parte ha tenido un cierto eco en México, puede verse Lorenzo Vázquez, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, CEPC, 2001.

man el curriculum escolar se podrá incluir la enseñanza religiosa. La distinción es importante ya que si lo que se quisiera es lo primero entonces las iglesias tomarían por completo el control de los procesos educativos, imponiendo sus propios puntos de vista en materias como biología, civismo, química, etcétera. En el segundo caso lo único que se busca es crear una materia adicional, en la que los alumnos que quieran (ellos o sus padres o tutores, como es obvio) puedan recibir contenidos religiosos.³⁵²

De acuerdo con José Luis Soberanes, la prohibición actualmente existente en México de impartir educación en las escuelas públicas genera discriminación hacia las familias de menores recursos, ya que las obliga a inscribir a sus hijos en escuelas privadas para que reciban educación religiosa acorde con sus convicciones, lo cual tiene un impacto negativo evidente en sus ingresos en virtud de las cargas económicas que exigen la mayor parte de las escuelas privadas en México. En los hechos, la gran mayoría de personas no cuenta con la opción de acceder a educación privada, pues simplemente no puede pagarla. La disposición del artículo 3o. que se ha comentado generaría, para este autor, una “terrible injusticia”.³⁵³

Para comprender el tema hay que recordar que el párrafo 4 del artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. ¿Este derecho supone la obligación para los Estados de incorporar educación religiosa en las escuelas públicas? Desde mi punto de vista, y a reserva de lo que enseguida se expone sobre el pensamiento de Will Kymlicka, el contenido de este precepto permite que los padres puedan tener la opción de acceder a educación religiosa, lo cual supone que el Estado debe respetar a las escuelas confesionales; pero de su sentido no puede derivarse contundentemente la obligación del Estado para que dentro de las escuelas públicas se impartan contenidos religiosos.

Algunos autores, como Kymlicka, sostienen puntos de vista contrarios a los que expone Soberanes y defienden la pertinencia de que la educación pública se mantenga ajena a cualquier doctrina religiosa.

Para Kymlicka,

los colegios públicos no enseñan civilidad diciendo únicamente a los estudiantes que sean buenos, sino insistiendo también en que los estudiantes se sienten junto a

³⁵² El análisis de esta distinción puede verse en Lorenzo Vázquez, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, cit., pp. 97 y ss.

³⁵³ *El derecho de libertad...*, cit., p. 61.

otros estudiantes de razas y religiones diferentes y cooperen con ellos en los trabajos escolares o en los equipos deportivos... No basta simplemente con decir a los estudiantes que la mayoría de las personas no comparte su religión. Basta con que uno se vea rodeado de personas que comparten el credo propio, para que pueda sucumbir a la tentación de pensar que todo aquel que rechace la religión que uno ha abrazado es en cierto modo ilógico o depravado.³⁵⁴

Una educación dirigida a formar verdaderos ciudadanos, sostiene este autor, requiere la neutralidad educativa en materia religiosa, de forma que no puedan existir “escuelas católicas” o “escuelas judías”, o al menos que esas escuelas no se mantengan con fondos públicos. Kymlicka recuerda que la razón por la que algunos grupos religiosos han buscado crear instituciones educativas privadas (a menudo con éxito, si juzgamos a partir del caso mexicano) es por el temor a que si los menores acuden a escuelas públicas puedan cuestionar sus prácticas tradicionales, al estar expuestos a un currículo escolar que promueve con mayor énfasis la autonomía del individuo respecto a todo tipo de creencia o prejuicio.³⁵⁵

Desde un punto de vista más general, puede decirse que la relación entre escuelas públicas y religión ha generado intensos debates en varios países, incluso en algunos que históricamente se han caracterizado por la defensa y promoción de los derechos fundamentales. A reserva de analizar algunas cuestiones que se han dado en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, conviene en este momento mencionar dos casos concretos que me parecen que son interesantes y que se dieron en Francia y en Alemania.³⁵⁶

En Francia, se prohibió a las alumnas musulmanas asistir a clase con el pañuelo en la cabeza, con el argumento de que ese acto ponía en entredicho la neutralidad que el Estado francés tenía que guardar frente a todas las religiones; se argumentó que la religión era un fenómeno propio de la vida privada y que la educación pública no podía permitir que una minoría religiosa se ostentara en las aulas como tal y obtuviera de esa forma un reconocimiento público. Este tipo de decisiones son notablemente contrarias a la libertad religiosa, pues

³⁵⁴ Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 356.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 363.

³⁵⁶ Ambos casos son mencionados por Habermas, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *cit.*, p. 11 y se encuentran más ampliamente desarrollados en Velasco, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, y en Álvarez, Silvina, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 123, junio de 2002.

no parecen situarse en ninguno de los supuestos de excepción que existen para limitar la manifestación de la propia religión.

No se puede pensar que la presencia de una alumna con pañuelo dentro de un grupo en clase represente una quiebra del principio del igual respeto a todas las religiones, pues de ninguna manera se estaban poniendo en duda las creencias de los demás; de la misma forma, tampoco rompe el principio de que la educación debe impartirse en condiciones de igualdad, puesto que la pura presencia no altera la predominante posición laicista y neutral en el proceso educativo.³⁵⁷

Para demostrar lo equivocado de la decisión, pensemos en el caso de otros alumnos que lleven colgado en el cuello un crucifijo o, como sucede en México, que lleven pegada en su maleta escolar una representación de la Virgen de Guadalupe. ¿Podrían las autoridades educativas obligar a los menores a no llevar esos objetos a clase?

Diferente es, creo, el caso alemán. En Alemania, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia el 16 de mayo de 1995 en la que declaraba inconstitucional un artículo del reglamento escolar para las escuelas públicas en el *Land* de Baviera que permitía que en las escuelas públicas pudieran ponerse crucifijos;³⁵⁸ algunos padres de familia consideraron contrario a su libertad religiosa y a la de sus hijos que desde las escuelas públicas se patrocinara un símbolo que pertenecía sobre todo a la religión católica. Las autoridades educativas alegaron que el crucifijo era una representación no solamente religiosa, sino también de los valores occidentales, los cuales podían desde luego ser promovidos por la escuela pública en tanto que representaban formas de vida ampliamente compartidas en Alemania.

El Tribunal, al darle la razón al demandante ordenó quitar de las aulas de escuelas publicas todos los crucifijos y cruces, aunque matizó su criterio al permitir que permanecieran dichos símbolos siempre y cuando los padres, profesores y alumnos por unanimidad absoluta así lo decidieran. Aparte del sentido concreto del fallo, la sentencia puso en la mesa de discusión el concepto de laicidad del Estado, puesto que a partir del criterio que contiene puede válidamente preguntarse qué sucede con los otros lugares públicos en los que también hay símbolos religiosos, como lo puede ser un hospital, un cuartel, o el despacho de una autoridad.

A diferencia del caso francés, me parece que la sentencia alemana tiene mucha razón de ser, no solamente como consecuencia directa de la aplicación del

357 Álvarez, Silvina, "Los derechos de la mujer en un pañuelo", *cit.*, p. 37.

358 Los pasajes más importantes de la sentencia pueden verse en Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación K. Adenauer, 2003, pp. 118-125.

principio de separación entre la iglesia y el Estado, sino también como defensa de la más concreta libertad de profesar o no una religión, por un lado, y de no imponer o patrocinar desde las instituciones estatales ningún tipo de creencia. Respecto a lo primero hay que recordar que quien interpuso la demanda (el señor Ernst Seler, padre de tres alumnos de una escuela pública de Baviera) argumentó que los crucifijos en las aulas habían generado traumas en sus hijos, como consecuencia de la diaria contemplación de “un cuerpo masculino moribundo”;³⁵⁹ es decir, si para los menores la figura de Cristo no tenía ningún sentido místico o religioso, era obvio que no tenían por qué padecer la incómoda visión de una figura que transmite sobre todo una sensación de sufrimiento o incluso de tortura; su remoción, en este sentido, coincide con el respeto a no profesar ninguna creencia religiosa sin tener que padecer algún tipo de consecuencia negativa por ello.³⁶⁰

6. *La libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado*

En el derecho internacional de los derechos humanos son varios los preceptos que tienen por objeto regular y proteger la libertad religiosa. Entre los más importantes se pueden mencionar el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948, cuyo texto establece que la libertad de religión incluye “la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. La libertad religiosa también está prevista en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha emitido una Observación General a propósito del artículo 18 del Pacto y en ella ha hecho referencia concretamente al apartado 4 de dicho Pacto, que establece que “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación

³⁵⁹ Velasco, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas...”, *cit.*, p. 36.

³⁶⁰ La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que resolver un caso que involucraba una cuestión parecida a la resuelta por el Tribunal Constitucional alemán; se trata del caso *Wallace vs. Jaffree* de 1985, en donde la Corte tuvo que decidir si la queja de un padre de familia sobre la obligación que les imponía una ley de Alabama a los alumnos de realizar cada día una meditación silenciosa o un rezo era o no constitucional. La parte más interesante de la sentencia puede verse en O’Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, *cit.*, pp. 705-715.

religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; me refiero a la Observación General número 22, adoptada en 1993.³⁶¹

Como vimos en el apartado anterior, una de las cuestiones debatidas en México sobre la libertad religiosa es la que tiene que ver con si el Estado debe impartir directamente educación con contenidos religiosos o solamente permitir que la impartan los particulares conforme a sus propias creencias. Desde el ámbito teórico, como ya se señaló, no parece haber acuerdo al respecto, y el tema no está resuelto tampoco de forma clara en el derecho internacional de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha mostrado ambiguo al respecto; en su Observación General número 22 afirma lo siguiente:

El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.

Aunque no se puede sostener de manera contundente, a partir de la anterior interpretación del artículo 18, párrafo 4, que hace el Comité, se podría inferir que el Estado no está obligado a proporcionar educación con contenidos religiosos y que, si decide hacerlo, debe prever una serie de condiciones (excepciones o alternativas) que no pongan en riesgo la libertad religiosa de todos los alumnos. El mismo criterio se ha sostenido al interpretar una disposición semejante contenida en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁶²

En el ámbito regional de América Latina hay que destacar el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que luego de reproducir casi literalmente el contenido del artículo 18 de la Declaración Universal, señala:

³⁶¹ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit., pp. 435 y ss.

³⁶² Ver la Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 28; se puede consultar en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit., p. 583.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Algunos instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos también hacen referencia a la libertad religiosa. Así, el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990, establece que

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Ese derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar y adoptar una religión o creencia de su elección.

3. La libertad de expresar su propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, reconoce en su artículo 14 lo siguiente:

1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger

a la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

A nivel del derecho constitucional de otros países, aparte de lo que se dijo en el apartado anterior sobre los casos de Francia y Alemania, se puede destacar el artículo 5o. de la Constitución brasileña de 1988, el cual detalla, en sus fracciones VI, VII y VIII, algunos de los aspectos de las libertades de conciencia, religión y culto. Su texto es el siguiente:

VI. Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estando asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección de los locales de culto y sus liturgias; VII. Queda asegurada, en los términos de la ley, la prestación de asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de internamiento colectivo; VIII. Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rehusase cumplir la prestación alternativa, fijada en ley.

Este precepto es interesante porque recoge el derecho a la asistencia religiosa dentro de las instituciones de “internamiento colectivo”, es decir, dentro de las unidades de las fuerzas armadas, los hospitales o las cárceles. Este aspecto de la libertad religiosa es especialmente importante, por muchos motivos.

En primer lugar porque en ese tipo de lugares se pueden dar mayores necesidades de asistencia y alivio espirituales, en virtud de las situaciones especialmente difíciles que las personas pueden estar viviendo; en segundo término porque al no tener la libertad de buscar un sitio alternativo para profesar sus creencias religiosas, las personas que están en ellos deben contar con medios suficientes para hacerlo en el lugar en el que se encuentran (lo cual puede suponer para el Estado la obligación de organizar o en su caso permitir un sistema de asistencia religiosa realizada *in situ*); en tercer término porque no puede desprenderse que, por el hecho de ver limitados algunos de sus derechos, una persona no pueda gozar de los demás (como sería el caso de los presos, que no por carecer del derecho a la libertad deambulatoria deben ver restringida su libertad religiosa).

En México, una disposición parecida en cuanto al objetivo del precepto que se acaba de transcribir de la Constitución del Brasil, se encuentra en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la cual considera como una conducta discriminatoria el “Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia” (artículo 9o., fracción XVII).

Como ya se ha mencionado, el origen histórico de la libertad religiosa como derecho fundamental se encuentra en las revoluciones francesa y americana; en los Estados Unidos, la libertad religiosa es el derecho que abre el llamado *Bill of Rights* de la Constitución Federal.

La Primera Enmienda contiene dos distintas disposiciones: en primer lugar establece que el Congreso no podrá dictar ninguna ley en la que se establezca una religión oficial (lo que se conoce como la *establishment clause*); la segunda disposición indica que no se podrá prohibir el libre ejercicio de la religión (lo que se conoce como la *free exercise clause*). Conviene tener presente esta distinción, puesto que ha marcado en buena medida los diversos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema en los Estados Unidos.

En la aplicación de la Primera Enmienda la Suprema Corte de ese país ha dictado sentencias muy importantes; realizar un análisis detenido de todas ellas sobrepasa con creces las posibilidades de este libro, pero tal vez sea útil revisar algunos pronunciamientos destacados, varios de los cuales ameritan al menos una mención informativa. En general puede decirse que la Corte ha sido muy variable en sus posiciones, pues de la misma manera que ha adoptado posturas muy liberales, que han protegido con gran amplitud la libertad religiosa, también ha asumido criterios bastante restrictivos, violatorios de dicha libertad según lo ha puesto de manifiesto parte de la doctrina.³⁶³

En una decisión de 1947,³⁶⁴ la Suprema Corte de los Estados Unidos, bajo la ponencia del juez Hugo Black, definió los alcances de la libertad religiosa; en una exposición memorable, Black escribió que la *establishment clause* significa que ni el gobierno federal ni los estatales pueden levantar una iglesia, ni tampoco aprobar leyes que ayuden a una religión, a todas las religiones o que prefieran a una religión sobre otra. No pueden forzar a una persona a ir o no ir a una iglesia en contra de su voluntad o forzarla a profesar o dejar de profesar una creencia de cualquier religión. Ninguna persona puede ser castigada por tener

³⁶³ Un completo panorama de la cuestión se puede ver en Urofsky, Melvin, *Religious Freedom. Rights and Liberties under the Law*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2002, que le dedica un capítulo entero a la *establishment clause* (cap. 3, pp. 53 y ss.) y otro a la *free exercise clause* (cap. 4, pp. 113 y ss.). Tanto en el libro de Urofsky como en otros puede encontrarse el texto de las sentencias más relevantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de libertad religiosa; por ejemplo en Patrick, John J. y Long, Gerald P. (eds.), *Constitutional Debates on Freedom of Religion*, Westport, Greenwood Press, 1999. El tema de la libertad religiosa se aborda en todos los manuales de derecho constitucional de los Estados Unidos; por ejemplo en O'Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, pp. 655 y ss., y en Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., cit., pp. 1154 y ss.

³⁶⁴ Sigo la exposición de Urofsky, obra citada.

o profesar creencias o por ir o dejar de ir a la iglesia. Ningún impuesto, en ninguna cantidad, grande o pequeña, puede ser cobrado para mantener ninguna actividad o institución religiosas, se llamen como se llamen y cualquiera que sea la forma que adopten para enseñar o practicar una religión. Ni el gobierno federal ni los gobiernos estatales pueden participar, abierta o secretamente, en los asuntos de alguna agrupación religiosa y viceversa. Black terminaba su párrafo citando a Jefferson para concluir que la cláusula que impedía al Congreso estadounidense imponer como obligatoria una religión tenía por objeto levantar un muro de separación entre la iglesia y el Estado.

Como se puede percibir, la tesis de Hugo Black conlleva una férrea defensa del Estado laico y de la neutralidad que deben mantener las instituciones públicas frente a las religiosas. Es todo un modelo en su género y supone el pronunciamiento que tiene mayor interés dentro de las interpretaciones que se han hecho de la *establishment clause*.

Por lo que hace a la *free exercise clause*, la jurisprudencia estadounidense ha sido más abundante, y ha incluido algunos criterios que pueden ser de interés para el caso mexicano.

Uno de los primeros temas que tuvo que resolver fue el de la legitimidad constitucional de algunas leyes estatales (particularmente del estado de Utah) y federales que de manera más o menos directa sancionaban la poligamia en la que vivían los mormones. El tema fue estudiado en la sentencia *Reynolds vs. United States*, de 1879, y en ella la Corte consideró que la poligamia no tenía protección constitucional derivada de la Primera Enmienda y, en consecuencia, consideró apegadas a la Constitución a las leyes que la sancionaban. De esa sentencia cabe destacar que la Corte hace una distinción entre la protección que la Primera Enmienda otorga a las ideas (protección que debe entenderse en el sentido más amplio posible) y la protección que puede o no derivar para las acciones que sean consecuencia de esas ideas; si dichas acciones violentan el orden público o violan deberes sociales, entonces no pueden tener protección constitucional. Este tipo de criterios pueden parecer anticuados para un analista que los lea en el siglo XXI, sin embargo tienen reflejo en la mayor parte de las legislaciones de los países occidentales, en donde sigue estando prohibida la poligamia (su práctica puede conllevar incluso penas privativas de la libertad, lo que parece claramente atentatorio a la libertad ideológica en general, y a la libertad religiosa en el caso de los mormones o de cualquiera otra religión que permita esa forma de vida en común).

En una sentencia de 1940, la Corte declaró inconstitucional una ley que prohibía las donaciones religiosas o de caridad sin la previa autorización del secretario de un consejo de bienestar público; la Corte no entró al tema de la li-

bertad religiosa, salvo para reconocer que un Estado tenía facultades para requerir un permiso antes de solicitar donaciones, pero le pareció inconstitucional que se dejara al criterio de un sólo funcionario la decisión de otorgarlos o negarlos.

Uno de los temas que también se han presentado en los Estados Unidos ha sido el del rechazo de los Testigos de Jehová a saludar a la bandera. La jurisprudencia sobre este tema ha sido oscilante, puesto que en varias sentencias dictadas antes de 1940, la Corte consideró como constitucionales varias legislaciones estatales que imponían la obligación de saludar a la bandera (por ejemplo en *Mendersville School vs. Gobitis*). La decisión del caso *Gobitis* desató una ola de ataques contra miembros de los Testigos de Jehová y varios de sus lugares de reunión fueron quemados; en el rechazo a esa violencia y al sentido del fallo, la sociedad estadounidense tomó muy en cuenta la actitud de Hitler manipulando al pueblo alemán para que adorara a su bandera y a los símbolos nazis.³⁶⁵

Todo ello preparó el terreno para que la Corte en poco tiempo abandonara el criterio manifestado en el caso *Gobitis*. En efecto, en 1943, en el caso *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, bajo la ponencia de Robert H. Jackson, la Corte consideró inconstitucional el saludo obligatorio a la bandera. En un párrafo brillante, Jackson escribió que si había alguna estrella fija en la constelación constitucional de los Estados Unidos, esa estrella era la que impedía que cualquier funcionario, alto o bajo, pudiera prescribir lo que debía ser ortodoxo en la política, el nacionalismo, la religión o en otras cuestiones de opinión.³⁶⁶ La sentencia *Barnette* se cerraba con la reiteración del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales, puesto que asentaba que el propósito del *Bill of Rights* había sido el de quitar ciertos temas del alcance de las vicisitudes de la controversia política, para situarlos más allá del alcance de la mayoría y del gobierno.³⁶⁷

En otra sentencia la Corte tuvo que decidir si el cierre dominical obligatorio que algunas leyes estatales imponían a los comercios violaba la libertad religiosa de las personas que, por virtud de sus creencias religiosas, debían descansar otro día de la semana. Fue en el caso *McGowan vs. Maryland*, resuelto en 1961. La Corte, secundando la opinión del *Chief Justice* Warren, consideró que, en efecto, las leyes que establecían el descanso dominical habían estado motivadas por fuerzas religiosas, pero negaba que con ello se estuviera impo-

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 135 y 136.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 137.

³⁶⁷ El párrafo completo puede verse en Hall, Kermit L. (ed.), *The Oxford Guide to the United States Supreme Court Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 331.

niendo una determinada religión por parte del Estado, ya que lo único que reflejaban esas leyes era el deseo del gobierno de establecer un día de descanso obligatorio y si ese día coincidía con el día de descanso de los católicos, eso no impedía al Estado alcanzar sus fines seculares que se buscaban al establecer el día de descanso. El juez Douglas formuló un interesante voto en el caso *McGowan*, cuestionando la legitimidad de que se imponga por la fuerza el domingo como el día de descanso obligatorio y de las sanciones que castiguen la no observancia de ese descanso.

Al igual que los testigos de Jehová también los practicantes de la religión Amish han generado varios pronunciamientos de la Corte estadounidense sobre el tema de la libertad religiosa. En primer término, la Corte afirmó que a ninguna persona se le podía negar un beneficio o prestación estatal con motivo de sus creencias religiosas y que, en su caso, las leyes de aplicación general debían tener en cuenta y permitir el acomodo de las individuales preferencias religiosas (en el caso *Sherbert vs. Verner* de 1963), pero en un caso posterior consideró constitucional que a una persona se le negaran beneficios gubernamentales al haber abandonado su trabajo en una fábrica de municiones debido a sus objeciones religiosas a la guerra (caso *Thomas vs. Review Board* de 1981). En un famoso caso, la Corte reconoció a los Amish el derecho de no enviar a sus hijos adolescentes a la escuela; se trata del caso *Wisconsin vs. Yoder* de 1972, en el que el *Chief Justice* Burger consideró que no se debía sancionar a los Amish por retirar a sus hijos después del octavo grado, ya que era legítima su creencia de que enviarlos a la escuela después de ese grado pondría en peligro la salvación de su alma y toda vez que, al tratarse de una minoría, la no asistencia a clase no ponía en riesgo la continuidad del sistema educativo o el interés de los ciudadanos por la educación de los menores.

La Corte ha afirmado, de manera más restrictiva a la que sostuvo en el caso *Yoder*, que las creencias religiosas no se pueden en ningún caso oponer como excusa para dejar de cumplir con una ley penal de alcance general. Se trata del caso *Employment Division, Oregon Department of Human Resources vs. Smith*, resuelto en 1990 bajo la ponencia del ultraconservador juez Antonin Scalia y con una votación dividida de 5-4. La cuestión a decidir era saber si el uso de peyote con fines sacramentales estaba o no permitida y si, en consecuencia, se les podía aplicar la legislación penal a quienes lo utilizaran. La minoría de jueces, encabezada por Sandra Day O'Connor, consideró que la Corte no debía suponer que en ningún caso puede oponerse la libertad religiosa a la legislación penal, pues con ese criterio se eliminaba prácticamente la posibilidad de que las leyes penales pudieran ser examinadas en su constitucionalidad, bajo la perspectiva de la libertad religiosa.

Asimismo, la Corte ha debido manifestarse respecto al tema de la objeción de conciencia, sobre todo para quienes la han hecho valer a fin de no ser obligados a ir a las guerras en las que ha participado Estados Unidos. En principio, ha considerado que se pueden esgrimir cuestiones religiosas para no ser llamado por el Ejército e incluso cuestiones morales que induzcan a un individuo a considerar a la guerra como inmoral, pero en un famoso caso (*Gillette vs. United States*, resuelto en 1971) la Corte no reconoció el derecho de negarse a esos llamados por considerar algunas guerras como “injustas”; es decir, si en general se considera a cualquier guerra como contraria a las propias convicciones, podría darse una excepción al deber general de atender el llamado del gobierno, pero si esa objeción se manifiesta solamente respecto de *ciertas* guerras, entonces la excepción no se puede configurar. Curioso criterio.

XIII. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS (ARTÍCULOS 25, 26 Y 28)

Al estudiar el régimen económico de la Constitución, la primera pregunta que se puede formular el analista es ¿por qué las Constituciones deben contener preceptos que se refieran a la actividad económica del Estado y de los particulares?, ¿no se trata de asuntos que puedan ser abordados mediante los instrumentos legislativos ordinarios?, ¿tiene que ser necesariamente la Constitución la que fije las reglas de los intercambios comerciales y mercantiles, el régimen de la propiedad privada, las áreas reservadas exclusivamente —incluso en forma de monopolios— a los poderes públicos?

El constitucionalismo contemporáneo, si bien ha desarrollado diversas posibilidades en cuanto a la regulación de carácter económico, está marcado por la presencia más o menos intensa en los textos constitucionales de preceptos referidos al papel del Estado en la economía, a los límites al mercado, a las modalidades de la propiedad, etcétera. La pregunta principal, pese a todo, persiste: ¿por qué?

Las respuestas a esa pregunta, al igual que las alternativas concretas que se observan en cada texto constitucional, pueden ser muy variadas. En general, se considera que la regulación constitucional de la economía supone una manifestación peculiar de los dos principales objetos de regulación del constitucionalismo moderno: los derechos fundamentales y la división de poderes.

Por lo que respecta a los derechos fundamentales, las regulaciones económicas en la Constitución tienden a generar un doble ámbito de significados: por un lado, aseguran a los particulares esferas subjetivas inmunes frente a la acción del Estado, de forma que, por poner algunos ejemplos, no se pueda abolir

sin más la institución de la propiedad privada, limitar arbitrariamente la libertad de empresa o confiscar los bienes obtenidos lícitamente en el tráfico comercial;³⁶⁸ por otro lado, las disposiciones sobre la economía aseguran la posibilidad de que el Estado pueda en efecto hacerse cargo de las obligaciones que le generan los derechos fundamentales y que suponen costos económicos considerables (pensemos en los que generan el sistema educativo público, la asistencia sanitaria universal o un sistema digno de pensiones).

El modelo del Estado social, en el que el Estado adquiere la tarea de satisfacer lo que Manuel García Pelayo ha llamado “la procura existencial”³⁶⁹ requiere de un cierto grado de intervencionismo del Estado sobre la esfera económica de la sociedad. Los textos constitucionales contemporáneos permiten, dentro de la generalidad que les es consustancial, dicha intervención, ya sea por medios directos (por ejemplo cuando el Estado asume directamente la creación de bienes o la prestación de servicios) o por medios indirectos (el más típico de los cuales podría ser la captación tributaria, a través de la cual se trasladan recursos privados al gasto público, a fin de asegurar la satisfacción de intereses generales).

En lo que toca a la división de poderes, las regulaciones económicas tienen por objeto distribuir facultades y obligaciones entre los órganos públicos, de tal forma que, por poner dos ejemplos, el Estado de encargue de proporcionar una serie de servicios públicos esenciales o se reserve para sí algunas áreas estratégicas en las que la intervención de los particulares no se considera oportuna (como es el caso de la generación de energía nuclear o el de la prestación del servicio público de correos).

De lo anterior se desprende, me parece, la pertinencia de las cláusulas constitucionales relacionadas con la economía, presentes en todas las Constituciones de los países que han adoptado la forma del Estado social. Bajo este modelo, “La constitución regulará... profusamente la vida económica en cuanto que, junto a las garantías de libertad económica de los sujetos privados... establecerá límites a esa libertad y otorgará protagonismo económico a unos nuevos sujetos: los poderes públicos”.³⁷⁰

³⁶⁸ Por lo que respecta al estatuto de la propiedad y más general de los derechos de carácter patrimonial en relación con los derechos fundamentales, ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 45-50. El estudio del derecho de propiedad en la Constitución mexicana se realiza *infra* en el capítulo cuarto, relativo a los derechos de seguridad jurídica.

³⁶⁹ *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1993.

³⁷⁰ Aragón, Manuel, “Orden constitucional económico”, en *id.* (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I, p. 165.

Insisto sobre el hecho de que no hay un único modelo de regulación, pues tanto los textos constitucionales como los especialistas teóricos suministran muchas alternativas a la forma en que se puede llevar a cabo dicha regulación. Quizá una tendencia que se observa en la teoría constitucional de las dos últimas décadas (es decir, desde principios de los años ochenta) es la que refleja la idea de que las Constituciones deben contener *menos* previsiones económicas; esta visión es deudora en general del pensamiento neoliberal, que tanta influencia ha tenido sobre la acción política reciente en muchos países. La postura mencionada se podría calificar como el “neoliberalismo constitucional” (desarrollado fundamentalmente por los sectores académicos de la derecha estadounidense: Nozik, Buchanan, etcétera), que es igual de dogmático que el mero neoliberalismo económico.³⁷¹

Como quiera que sea, en la parte del capítulo económico de las Constituciones modernas, la tarea fundamental del intérprete es la de determinar si la intervención del Estado en la economía tiene o no límites (que no es otra cosa más que precisar el papel que le toca al Estado y el que la Constitución reserva a los particulares en la economía), y en distinguir en qué casos dicha intervención es obligatoria (por existir una cláusula constitucional de mandato que así lo establezca) y cuando es facultativa (por existir una cláusula constitucional de habilitación que así lo disponga).³⁷²

La Constitución de 1917 contiene distintos preceptos en los que se observa un contenido de carácter patrimonial, por decirlo de alguna forma (desde las disposiciones del artículo 31 fracción IV en materia de proporcionalidad y equidad de los impuestos hasta las establecidas en el artículo 123 para regular las relaciones entre obreros y patrones). Pero se puede decir que lo que constituye en verdad un “capítulo económico” dentro de la Constitución se encuentra en los artículos 25, 26, 27 y 28 del texto de 1917. El artículo 27, que también tiene evidentes connotaciones de carácter económico, será estudiado dentro del capítulo relativo a los derechos de seguridad jurídica, al ser su objeto principal de regulación el derecho de propiedad.

En general, el capítulo económico vigente de la Constitución no puede entenderse sin tomar en cuenta la experiencia del liberalismo —en sentido económico, desde luego— mexicano del siglo XIX y su consecuencia constitucional

³⁷¹ La versión nacional de esa corriente de pensamiento puede verse en Katz, Isacc M., *La Constitución y el desarrollo económico de México*, México, Cal y Arena, 1999.

³⁷² Aragón, Manuel, “Orden constitucional económico”, *cit.*, p. 166.

inmediata: el surgimiento del constitucionalismo social en el Congreso Constituyente de 1916-1917.³⁷³

Bajo la Constitución de 1857 y al amparo del liberalismo de ese entonces, el régimen económico de la Constitución tenía que ver únicamente con la garantía de la propiedad, la proclamación de las libertades de industria y trabajo y el establecimiento de una norma suprema del orden económico de la época: la libre concurrencia.³⁷⁴ No era poco en comparación con las inercias y resistencias del antiguo régimen. Pero pronto se reveló insuficiente frente a los abusos de todo tipo sobre los obreros y campesinos por parte de los patrones y los terratenientes.

Como reacción a las profundas injusticias y tremendas desigualdades generadas por el porfiriato (y aun antes, por supuesto), en el Constituyente de 1916-1917 se introducen algunos preceptos con claros signos redistributivos y de carácter social. Los derechos de los campesinos a disfrutar de una propiedad comunal sustraída a las posibilidades ordinarias del intercambio mercantil, las posiciones subjetivas de los trabajadores frente al empleador y la garantía de la educación fueron, en ese tiempo, cuestiones de avanzada que se recogieron en el texto constitucional mexicano.

Pero es quizá en 1983 cuando los preceptos constitucionales referidos a la materia económica toman el cuerpo y la dimensión que guardan —con algunos matices por las reformas de 1990 y 1993— hasta hoy en día. Las líneas básicas que la Constitución recoge desde las reformas de 1983 son las siguientes:³⁷⁵ a) la rectoría económica del Estado; b) la economía mixta; c) la planeación democrática del desarrollo; y d) el banco central. En seguida se analizan, de forma somera, los mencionados principios en relación con los derechos fundamentales, en el entendido ya apuntado: que la materia económica que contiene el texto constitucional de 1917 no se agota en ellos. También se estudia en el presente apartado la libre concurrencia que establece el artículo 28 constitucional y que guarda estrecha relación con otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de trabajo, industria o profesión que ya ha sido estudiado en las páginas precedentes.

³⁷³ Sobre lo primero, Madrid, Miguel de la, *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, 3a. ed., México, Porrúa, 1986.

³⁷⁴ Madrid, Miguel de la, “El régimen constitucional de la economía mexicana”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, p. 441.

³⁷⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2001, pp. 560 y ss.

1. *La rectoría económica del Estado*

La palabra misma de “rectoría” nos da una idea de lo que, en su momento, intentaba lograr el poder reformador de la Constitución. El verbo “regir” tiene que ver con establecer reglas, con regular, con dirigir. Pero no con hacer por uno mismo; en ese sentido, la Constitución no concibe que el Estado deba ser el que lleve a cabo toda la actividad económica en México. Sí el que la rija y la dirija, desde luego, pero no el que la planifique hasta el más mínimo detalle.

Esto queda claro, creemos, con la lectura del segundo párrafo del artículo 25 constitucional, que dispone lo siguiente: “El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de la actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga esta Constitución”. Una parte fundamental del concepto de rectoría económica del Estado se encuentra precisamente en la parte final del párrafo transcrito: dicha rectoría debe llevarse a cabo en el marco de las libertades que otorga la Constitución, la libertad de empresa y de trabajo entre ellas. El Estado tiene, por supuesto, la obligación de fomentar las actividades que revistan un interés general, por ejemplo en materia de infraestructuras básicas, comunicaciones, servicios públicos o prestados al público, etcétera.

Las modalidades de la rectoría económica del Estado se encuentran en el primer párrafo del mismo artículo 25, cuyo texto es el siguiente:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Pese a su perceptible carga retórica y a lo que podría sugerir una primera lectura, el párrafo primero del artículo 25 ofrece una serie de coordenadas concretas que determinan la rectoría económica del Estado. Por ejemplo, señala sus fines generales: la integralidad y sustentabilidad del desarrollo nacional,³⁷⁶ así como el fortalecimiento de la soberanía y del régimen democrático. Señala

³⁷⁶ El concepto de “desarrollo sustentable” se introduce en la Constitución mediante una reforma constitucional que también incorpora en el artículo 4o. el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de todas las personas; la reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999; ver Carmona Lara, María del Carmen, “Derecho ecológico”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VIII, pp. 357 y ss. Sobre el derecho al medio ambiente se abunda en el capítulo quinto de este libro.

también los medios: el fomento del crecimiento económico y una mayor justicia en la distribución del ingreso y la riqueza. Señala, finalmente, los objetivos específicos: permitir el pleno ejercicio de la libertad y de la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Todas esas indicaciones tienen —o mejor dicho, podrían tener, puesto que no toda la doctrina ni desde luego la jurisprudencia las han explorado— consecuencias jurídicas concretas, por ejemplo al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una reforma fiscal que no fuera redistributiva, o si se llegara a impugnar un determinado presupuesto de egresos (federal o local, puesto que las previsiones del artículo 25 rigen para todos los niveles de gobierno) porque no fomente el crecimiento económico sino todo lo contrario.

Desde luego, en la Constitución quedan señalados con demasiada ambigüedad los sujetos que, en su caso, podrían o deberían hacer valer una conculcación a ese precepto: la mención de los individuos, los grupos (¿cuáles? ¿todos? ¿también los grupos musicales, las asociaciones futbolísticas, los clubes recreativos informales?) y las clases sociales (un término ya abandonado por la teoría social más reciente), no parece ser muy precisa y atinada.

Es una tarea pendiente del constitucionalismo mexicano (de los teóricos y de los operadores jurídicos prácticos) ir dotando de sentido a las disposiciones de los párrafos primero y segundo del artículo 25. De ello depende, en parte, la posibilidad de reconducir de forma *constitucionalmente adecuada* el papel del Estado mexicano en la economía nacional.

De momento, sin embargo, la Suprema Corte entiende que las disposiciones constitucionales que establecen la rectoría económica del Estado no generan ningún tipo de derecho para los particulares ni suponen la obligación de tomar medidas concretas por parte de las autoridades, tal como se establece en la siguiente tesis:

RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. LOS ARTÍCULOS 25 Y 28 CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS RELATIVOS, NO OTORGAN DERECHOS A LOS GOBERNADOS, TUTELABLES A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, PARA OBLIGAR A LAS AUTORIDADES A ADOPTAR DETERMINADAS MEDIDAS. Los artículos 25 y 28 de la carta magna establecen, en esencia, la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, que se cumple, en los términos previstos en los propios preceptos constitucionales, mediante diversas acciones en que el Estado alienta la producción, concede subsidios, otorga facilidades a empresas de nueva creación, estimula la exportación de sus productos, concede facilidades para la importación de materias primas y prohíbe los monopolios, esto es, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebi-

da en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; pero en este señalado aspecto de dirección estatal no conceden garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en vía de amparo, que para cumplir con tales encomiendas constitucionales, el Estado deba adoptar ciertas medidas y seguir determinadas direcciones, como establecer singulares requisitos de calidad para la elaboración y envasado de productos, con el pretendido propósito de proteger la economía nacional, pretensión que carece de sustento constitucional. Amparo en revisión 1642/95. Tequila Herradura, S. A. de C. V. 18 de mayo de 2000. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CXIV/2000, p. 149.

De manera distinta a la que expresa la tesis que se acaba de transcribir, parece ser una nota común del constitucionalismo contemporáneo el que la actuación económica del gobierno no sea tan libre como para impedir que exista un cierto control judicial sobre ella. Si se analiza el criterio anterior de la Corte junto con algún otro que ha sostenido la no procedencia de vías de control para el presupuesto en tanto que no es un acto materialmente legislativo,³⁷⁷ se puede concluir que el máximo órgano de nuestra jurisdicción federal ha asumido una postura excesivamente restrictiva en esta materia, con base en la cual tanto los órganos ejecutivos como legislativos del Estado mexicano podrían en la práctica imponer cualquier tipo de modelo económico, sin que se les pudiera reconducir a las disposiciones del capítulo económico de la Constitución que estamos estudiando.

Lo anterior no significa, ni mucho menos, que los tribunales deban tener un papel importante en materia de definiciones económicas del Estado; lo que se quiere es poner de manifiesto la necesidad de dotar de contenidos sustantivos a los artículos 25, 26 y 28 constitucionales, contenidos que eventualmente deberían de ser llevados ante los tribunales por los ciudadanos a través de las vías jurisdiccionales oportunas.

³⁷⁷ Se trata del criterio que se encuentra en la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 4/98, de la que se puede ver un análisis muy detallado en Mijangos Borja, María de la Luz, "La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 105 y ss.

2. *La economía mixta*

La segunda gran línea maestra del capítulo económico de la Constitución es el principio de la economía mixta, cuya expresión constitucional se encuentra en varios párrafos del artículo 25 constitucional, cuyo texto es el siguiente:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

La idea misma de economía mixta nos indica que la Constitución no establece un modelo unívoco de economía; es decir, no se adscribe ni a la visión de la economía centralmente planificada (como la practicada en el ex bloque sovié-

tico), ni a la de una economía de libre mercado sin restricciones, lo cual parece ser una nota común en el constitucionalismo contemporáneo.³⁷⁸ La Constitución, dentro de ciertos marcos, debe mantener la neutralidad política frente a las diversas opciones que puedan tomar los gobiernos que periódicamente sean elegidos por los ciudadanos. Es en este contexto en el que cobran sentido afirmaciones como la de Gustavo Zagrebelsky de que la Constitución no debe ahogar el proceso político por medio de la saturación jurídica.³⁷⁹

La economía mixta supone incorporar elementos de ambos modelos, es decir, supone establecer la libre concurrencia de los particulares en la creación e intercambio de bienes del mercado, pero requiere también de algún papel regulador o suministrador por parte del Estado. Los elementos de los dos modelos (libre concurrencia y planificación estatal) en teoría deberían dar lugar a un sistema armónico donde las libertades de empresa y trabajo convivieran con las necesidades de regulación por parte del Estado.

Los principios de la economía mixta se encuentran en diversas partes de lo que hemos llamado el capítulo económico de la Constitución. Por ejemplo, el párrafo tercero del artículo 25 menciona a los actores del desarrollo económico nacional: el sector público, el privado y el social.³⁸⁰ El siguiente párrafo del mismo artículo reserva al Estado, de forma exclusiva, las llamadas áreas estratégicas, que de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución son las que corresponden a: correos, telégrafos, radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las demás que señalen las leyes. Aparte de las áreas estratégicas, la Constitución menciona también a las áreas prioritarias, aunque deja su desarrollo a la ley ordinaria (artículo 25 párrafo quinto), refiriéndose en concreto solamente a la comunicación vía satélite y a los ferrocarriles (artículo 28 párrafo cuarto).

Como principio general, el artículo 28 establece la libre concurrencia económica y, en consecuencia, prohíbe la existencia de los monopolios. Volveremos sobre la libre concurrencia más adelante en este mismo capítulo.

³⁷⁸ Ver, al respecto, las observaciones de Papier, Juan Jorge, “Ley fundamental y orden económico”, en Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 561 y ss.

³⁷⁹ *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

³⁸⁰ Algunos ejemplos de los sujetos que integran “el sector social” se encuentran en el penúltimo párrafo del propio artículo 25, que menciona lo siguientes: los ejidos, las organizaciones de trabajadores, las cooperativas, las comunidades, las empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

3. *La planeación democrática del desarrollo*

La tercera línea maestra que la Constitución establece en materia económica es la planeación democrática del desarrollo.³⁸¹ Ya el artículo 25 en su párrafo segundo señalaba la obligación del Estado de *planear*, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional. El detalle de dicha obligación se recoge en el artículo 26, cuyo párrafo primero indica lo siguiente: “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación”.³⁸² Los párrafos segundo a quinto del mismo artículo disponen que

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.

Para cumplir con estos mandatos, el Congreso de la Unión cuenta con la facultad “Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social” (artículo 73, fracción XXIX-D). La regulación legislativa de la pla-

³⁸¹ Un amplio panorama sobre el tema puede verse en Chapoy Bonifaz, Dolores B., *Planeación, programación y presupuestación*, México, IIJ-UNAM, 2003.

³⁸² No deja de resultar curiosa, dicho sea de paso, la conceptualización que se hace en esta parte del texto constitucional de la democratización: política, social (que debe ser algo diferente a la política) y cultural (¿?) de la nación (no de sus integrantes).

neación se encuentra en la Ley de Planeación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de enero de 1983.³⁸³

La misma Ley de Planeación define a la planeación democrática del desarrollo como

la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política y cultural, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la ley establecen.

La parte final del artículo 26, ya transcrita, señala el instrumento fundamental para llevar a cabo la planeación democrática: el Plan Nacional de Desarrollo, al cual se deben sujetar obligatoriamente los programas de la administración pública federal. El plan debe elaborarse, aprobarse y publicarse dentro de seis meses contados a partir de la fecha de toma de posesión del presidente de la República; su vigencia no debe exceder el periodo constitucional del propio Presidente, aunque podrá tener consideraciones y proyecciones de más largo plazo (artículo 21 de la Ley de Planeación).

La obligatoriedad para la administración pública configura la primera de las modalidades de la planeación: justamente la obligatoria. Hay otras tres: la coordinada, que se realiza entre el gobierno federal y los gobiernos de las entidades federativas (artículos 33 a 36 de la Ley de Planeación); la inductiva, “que consiste en la acción del gobierno federal para propiciar conductas de los particulares que apoyen los objetivos y las acciones que se derivan de la planeación nacional”³⁸⁴ (artículos 37 a 41 de la Ley de Planeación); y la concertada, que se lleva a cabo a través de pactos y acuerdos de diversa índole que firma el Ejecutivo federal con distintas agrupaciones y colectivos para llevar a cabo diversas acciones importantes para el desarrollo económico del país (artículos 37 a 41 de la Ley de Planeación).³⁸⁵

En el párrafo tercero del artículo 26 parecen estar perfiladas las etapas que debe tener la planeación democrática: *a)* formulación; *b)* instrumentación; *c)* control y *d)* evaluación del plan y los programas de desarrollo.

³⁸³ Esta Ley tiene como antecedente la Ley General de Planeación de la República publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de julio de 1930.

³⁸⁴ Madrid, Miguel de la, “Artículo 26”, en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2000, t. I, p. 366.

³⁸⁵ *Idem*.

El último párrafo del artículo 26, sin duda bien intencionado, ha tenido escasa verificación en la práctica. En parte porque la misma Ley de Planeación le deja un papel más bien testimonial al Congreso de la Unión dentro del tema de la planeación. En sus artículos 5o. a 8o., la Ley dispone que el Plan Nacional de Desarrollo será remitido al Congreso por el Ejecutivo, “para su examen y opinión” (pero una vez aprobado); el presidente hará referencia a la ejecución del Plan cuando informe al Congreso del estado general de la administración pública, en cumplimiento del mandato del artículo 69 constitucional. La misma obligación tienen los secretarios de despacho, que en sus respectivas comparecencias ante las cámaras del Congreso deberán referirse al avance y grado de cumplimiento de los objetivos y prioridades fijados en la planeación nacional, siempre en el ámbito de sus competencias, desde luego; también deberán informar sobre el desarrollo y los resultados de la aplicación de los instrumentos de política económica y social, en función de los mencionados objetivos y prioridades.

La participación social en la planeación, que debería tener un papel destacado en un sistema *democrático* de planeación, recibe escaso tratamiento en la Ley de Planeación, que le dedica apenas el artículo 20.

En general, todo el sistema de planeación, más allá de la retórica, puede suponer idealmente un intento de racionalizar el funcionamiento de la administración pública, pero en la realidad es un instrumento más para fortalecer al Poder Ejecutivo, una manifestación del presidencialismo. La planeación debería corresponder al Congreso de la Unión, con base —eso sí— en las propuestas del Ejecutivo. Deberían, por tanto, ser los legisladores los que aprobaran el Plan Nacional de Desarrollo.

4. *El banco central*

Por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de agosto de 1993, se reformó el artículo 28 para contemplar la figura del banco central. Sus párrafos sexto y séptimo establecen lo siguiente:

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con

la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

Aunque no guarda una relación directa con los derechos fundamentales, conviene estudiar la figura del banco central en tanto que se constituye como un límite a la libertad general de concurrencia al establecer el monopolio estatal de la emisión de moneda y en tanto que su labor tiene un impacto importante sobre el conjunto de los derechos, particularmente sobre los que tienen contenidos patrimoniales.

A pesar de que el banco central ya existía desde antes (incluso en el texto constitucional), no es sino a partir de la reforma mencionada que se le otorga autonomía constitucional.³⁸⁶ Esto significa que el banco central es un órgano constitucional autónomo, parecido al Instituto Federal Electoral o a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. No está integrado dentro de la estructura orgánica de ninguno de los demás poderes. Dicha autonomía, según algunos, es compatible (esencial, dirían) con sus cometidos, puesto que entre sus funciones se encuentra la de asegurar la estabilidad de la moneda, cuestión que no siempre se puede controlar cuando la emisión monetaria se encuentra sometida a los deseos del gobierno en turno.

La autonomía de los bancos centrales (no en demasiados casos reconocida a nivel constitucional) es una tendencia muy importante, aunque no indiscutida, en el derecho comparado. La supervisión del sistema bancario y las tareas de control de la política financiera se supone que requieren en los tiempos actuales de un importante grado de autonomía funcional. La vulnerabilidad monetaria y la fragilidad del valor de unas monedas frente a otras requieren de un ma-

³⁸⁶ Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, cit., pp. 572 y ss.

nejo muy escrupuloso del sistema crediticio y, en general, financiero dentro de cada país.³⁸⁷

A nivel legislativo el banco central se denomina, por su Ley Orgánica publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de diciembre de 1993, Banco de México, que es como tradicionalmente se le ha conocido. La Ley dispone, desarrollando los mandatos del artículo 26 constitucional, que el Banco tendrá una Junta de Gobierno, integrada por un gobernador y cuatro subgobernadores. Los cinco son nombrados por el presidente de la República con ratificación del Senado o de la Comisión Permanente. El gobernador del Banco, que preside la Junta de Gobierno, dura en su cargo seis años, mientras que los subgobernadores duran ocho. La propia Constitución dispone la renovación escalonada de la Junta de Gobierno, de forma que se asegure la mencionada autonomía en el desempeño de sus funciones.

El artículo 3o. de su Ley Orgánica, señala que las funciones del Banco de México son: *a)* regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos; *b)* operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia; *c)* prestar servicios de tesorería al gobierno federal y actuar como agente financiero del mismo; *d)* fungir como asesor del gobierno federal en materia económica y, particularmente, financiera; *e)* participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional, o que agrupen a bancos centrales, y *f)* operar con diversos organismos, bancos centrales y otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

5. *La libre concurrencia en el artículo 28 constitucional*

Las bases constitucionales de la libre concurrencia se encuentran en el artículo 28 constitucional, cuyo texto, en la parte de ahora nos interesa señala lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

³⁸⁷ Sobre este tema pueden verse las reflexiones de Bilbao Ubillos, Juan María, “La independencia del Banco de España en clave constitucional”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 1037 y ss.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado...

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el

uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

Del contenido del artículo 28 hay que destacar varias cuestiones, que se explican a continuación.

A. Libre concurrencia y libertad de trabajo

El artículo 28, en la parte en que establece la libre concurrencia, debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en el artículo 5o. en materia de libertad de trabajo, profesión u oficio,³⁸⁸ puesto que lo que viene a significar la libre concurrencia es justamente la posibilidad de que cualquier persona se dedique a la misma actividad económica que tiene otra, sin que pueda haber algún tipo de exclusividad en cuanto al desempeño de la misma.

Ese es el sentido de la prohibición constitucional de los monopolios o de las prohibiciones a título de protección a la industria, lo cual encuentra alguna excepción constitucionalmente delimitada por lo que se refiere a los monopolios del Estado y a los derechos derivados de la propiedad intelectual (para las obras de autores y artistas, según dispone el mismo artículo 28) y de la propiedad industrial (para quienes inventen o perfeccionen algún proceso industrial o algún objeto).

Una correcta articulación entre las necesidades que tiene el Estado para ejercer una particular intervención sobre ciertas áreas económicas (lo cual puede requerir, en el extremo, que se constituyan prohibiciones absolutas de partici-

³⁸⁸ Como ya se ha visto, el párrafo primero del artículo 5o. constitucional dispone: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial”.

pación de los particulares a través de las determinaciones constitucionales que establecen monopolios públicos), y la libertad de empresa que como regla general debe regir dentro de una economía de mercado es una de las tareas más delicadas a la que tienen que hacer frente todas las regulaciones constitucionales de la economía.

No se trata de una cuestión que sea fácil de determinar y en muchos países ha generado intensos debates políticos (pensemos simplemente en los debates sobre los procesos de privatización de empresas en muchos países de América Latina, e incluso en México, o en la posibilidad de que los particulares coadyuven en la prestación de servicios públicos estratégicos, como en el caso mexicano por lo que hace a la generación de energía eléctrica o en la venta de combustibles derivados del petróleo), así como duras consecuencias en materia de crecimiento económico y aumento del desempleo.

B. Prohibición de monopolios

El concepto de monopolio y lo que debe entenderse por prácticas monopólicas (absolutas y relativas) han sido definidos por el legislador en los artículos 9o. a 13 de la Ley Federal de Competencia Económica; su texto es el siguiente:

Artículo 9o. Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar

Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser despla-

zar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos.

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición, o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios;

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Artículo 12. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Artículo 13. Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

V. Su comportamiento reciente; y

VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

Por su parte, la jurisprudencia también ha aportado su propio concepto de monopolio, de forma menos elaborada que el que establecen las disposiciones que se acaban de citar, quizá en razón de que fue emitido antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley Federal de Competencia Económica; dicho concepto se encuentra por ejemplo en las siguientes tesis:

MONOPOLIOS. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara al monopolio todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industrial o comercial, y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; de manera que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores, el Decreto de 30 de agosto de 1927, que establece la bonificación del impuesto del 13% en favor de los industriales que acepten las tarifas de la Convención Industrial Obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional. Quinta época, segunda sala, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, tesis 109, p. 75.

MONOPOLIOS. Por monopolio debe entenderse, en uno de sus aspectos, el derecho exclusivo que se concede a una persona para comerciar con determinado artículo; pero el privilegio que se concede a un fabricante para el uso exclusivo de una marca o nombre comercial, no constituye monopolio, ni viola, por consiguiente, el artículo

28 constitucional. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, octava época, primera sala, p. 2745.

En otra tesis interesante, la Corte ha sostenido la constitucionalidad de los procedimientos contra las prácticas monopólicas que se realizan de oficio, lo cual es natural puesto que si se requiriera petición de parte para iniciarlos, lo más probable es que nunca llegaran las denuncias ante la autoridad, como se sostiene en el siguiente criterio:

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO OFICIOSO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTENIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El referido procedimiento, establecido en el artículo 30 de la mencionada Ley, tiene la finalidad de prevenir o descubrir prácticas monopólicas, por lo que por sí mismo, no puede ser violatorio de la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, en virtud de que no tiene como objetivo la privación definitiva de bienes o derechos de los gobernados, sino sólo allegarse documentos, testimonios y otros elementos para lograr aquella finalidad, actuaciones que se traducen en actos de molestia y que, de acuerdo con el artículo 16 constitucional, sólo requieren estar fundados y motivados. De aceptarse la postura de que no se pueda realizar una investigación oficiosa si no se ha escuchado previamente al supuesto afectado, no se podría cumplir la finalidad del artículo 28 de la Constitución federal de perseguir y castigar los monopolios y las prácticas monopólicas como una forma de proteger el interés general, pues precisamente la imposibilidad de la instauración oficiosa de una investigación implicaría que no se pudiera detectar quién incurre en ese tipo de prácticas. Amparo en revisión 2617/96. Grupo Warner Lambert México, S. A. de C. V. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Amparo en revisión 2318/97. Luis Ruiz Ortiz. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CIX/2000, p. 105.

Para combatir los monopolios, el texto del artículo 28 obliga a las autoridades legislativas y administrativas concretamente a castigar y perseguir, a) toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; b) todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o

empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y c) en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

C. Exención de impuestos

Por lo que hace al tema de la exención de impuestos, cabe decir que se trata de una prohibición congruente con algunas otras disposiciones constitucionales, por ejemplo con los artículos 13 y 31, fracción IV. Esto es así en razón de que los impuestos están sujetos al principio de reserva de ley. Esto significa, entre otras cuestiones, que solamente pueden estar previstos en una ley; por otro lado, el artículo 13 establece que las leyes deben ser generales; en consecuencia, por regla general no pueden contener excepciones particulares, sino que deben aplicarse a todos los casos que caigan en sus supuestos normativos. Además, el artículo 31, fracción IV constitucional dispone que los tributos serán generales y equitativos, suponiendo con ello que cualquier medida de exención deberá ser puntualmente justificada por la autoridad.

Ahora bien, el artículo 28 habilita al legislador a que, bajo los términos y condiciones que quiera fijar, sí se puedan establecer exenciones de impuestos,³⁸⁹ pero las mismas tendrán que pasar un estricto *test* de razonabilidad, porque son medidas que pueden atentar contra la libre concurrencia al beneficiar a un cierto sector de la industria o a determinados sujetos de la actividad económica. Se ha señalado, con razón, que la prohibición de las exenciones es relativa y no absoluta, aunque no se podrá dar en los siguientes casos:³⁹⁰

- a) Cuando bajo la denominación de exenciones se oculten verdaderos casos de privilegios o prerrogativas tributarias;
- b) Cuando las exenciones sean tales que permitan instaurar regímenes de monopolio o vulneren la libre concurrencia;
- c) Cuando las exenciones no se fijen bajo las directrices de proporcionalidad o equidad tributarias.

Sobre el tema, la jurisprudencia ha emitido los siguientes criterios:

³⁸⁹ Ver, en este sentido, el artículo 39 del Código Fiscal de la Federación.

³⁹⁰ Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “La impugnación de los decretos de exención de impuestos del Ejecutivo federal mediante la controversia constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, p. 830 (en este trabajo se puede ver una amplia reflexión sobre el tema de las exenciones y sobre la reserva de ley en materia tributaria).

EXENCIÓN DE IMPUESTOS. SÓLO COMPETE ESTABLECERLA AL PODER LEGISLATIVO EN UNA LEY, NO AL EJECUTIVO EN USO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA. El establecimiento de exenciones fiscales, es facultad exclusiva del órgano legislativo, por lo que no cabe aceptar su ejercicio por parte del Ejecutivo a través de reglamentos, según se infiere del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto prohíbe “las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes”, reserva que se confirma por la íntima conexión que la parte transcrita tiene con la fracción IV del artículo 31 constitucional, que al establecer la obligación de contribuir al gasto público, impone la condición de que ello se logre “de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Esta Suprema Corte siempre ha interpretado que en este aspecto, por ley debe entenderse un acto formal y materialmente legislativo, por lo cual ha de considerarse que si la creación de tributos, así como sus elementos fundamentales son atribuciones exclusivas del legislador, también lo es la de establecer exenciones impositivas, que guardan una conexión inseparable con los elementos tributarios de legalidad y equidad, sin que valga en contra de tales disposiciones constitucionales, ningún precepto legal. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, junio de 1991, octava época, pleno, tesis P./J. 25/91, p. 54.

IMPUESTOS, EXENCIÓN DE. ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE ESTABLECE CONSIDERANDO LA SITUACIÓN OBJETIVA DE LAS PERSONAS EXENTAS. Es constitucional la exención de impuestos cuando se establece considerando la situación objetiva de las personas exentas (no así cuando la exención se hace en atención a las características individuales de las personas, estimándose sus características personalísimas), en atención a la situación jurídica abstracta prevista en la ley, la cual contempla elementos objetivos para establecer excepciones en el pago de los impuestos. Por tales razones, es constitucional el decreto número 200 del estado de Sinaloa, que en el artículo 150 exime del pago del impuesto, entre otras personas, a los agentes consulares extranjeros, a los miembros de delegaciones científicas, a las personas de nacionalidad extranjera, a los empleados públicos federales, del estado o de los municipios, que reciban gratificaciones de fin de año. Interpretando en forma sistemática el artículo 28 constitucional y el artículo 13 de su Reglamento, se obtiene la conclusión de que la prohibición contenida en el primero de ellos respecto de la exención de impuestos, debe entenderse en el sentido de que ésta se prohíbe cuando tiende a favorecer intereses de determinada o determinadas personas, y no cuando la exención de impuestos se otorga considerando situaciones objetivas en que se reflejan intereses sociales o económicos en favor de una categoría de sujetos. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 12, primera parte, séptima época, pleno, p. 44.

EXENCIÓN DE IMPUESTOS. La exención de impuestos supone la concesión gratuita; pero no puede decirse que se exima a alguien del pago de contribuciones, cuando, a

cambio de ellas, da alguna cosa, en cumplimiento de un contrato celebrado entre el contribuyente y las autoridades. El artículo 28 constitucional, que se refiere a la exención de impuestos, trata de evitar la desigualdad de condiciones en los productores de la riqueza, para impedir que unos sean favorecidos en perjuicio de otros; mas no puede decirse que existe tal exención, cuando, a cambio de contribuciones, se otorga determinada prestación. Jurisprudencia, *Apéndice de 1985*, parte III, quinta época, pleno, tesis 226, p. 406.

D. Límites a la libre concurrencia

La libre concurrencia e incluso la libertad de empresa encuentran en el artículo 28 constitucional dos límites claros y precisos. El primero tiene que ver con la limitación a precios de productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, en cuyo caso se puede determinar por las autoridades los precios máximos (artículo 28 párrafo tercero). El segundo, ya mencionado, se refiere a los monopolios que sí puede tener el Estado y que no son otros más que las áreas estratégicas (artículo 28 párrafo cuarto; tómese en cuenta también lo dispuesto en el mismo artículo, en su párrafo séptimo, en relación a la acuñación de moneda y emisión de billetes).

Sobre la limitación a los precios, hay que recordar que el artículo 73 constitucional faculta al Congreso de la Unión “Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referidas al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios” (fracción XXIX-F).

E. Los monopolios constitucionalmente permitidos

Intentado sintetizar algunos de los puntos que ya se han mencionado en este apartado, se puede decir que el artículo 28 considera constitucionalmente permitidos o conceptualiza como no monopólicas (y por tanto permitidas por la Constitución) las siguientes actividades:

- Las áreas estratégicas de la economía, en las que la Constitución crea los que se podrían denominar *monopolios de Estado* y que, como ya se ha visto, son las de correos, telégrafos y radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las actividades que así sean consideradas por leyes del Congreso.

- La emisión de billetes y acuñación de monedas, que son tareas que realiza exclusivamente el banco central.
- Las asociaciones de trabajadores, constituidas para defender sus propios intereses; esta disposición, sin embargo, debe interpretarse conjuntamente con las disposiciones referidas a la libertad sindical, tanto nacionales como internacionales.
- Las asociaciones o sociedades cooperativas de trabajadores.
- Los privilegios reconocidos a los autores e inventores, es decir, los que resultan de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial.
- El otorgamiento de subsidios.

Antes de terminar este apartado, se debe apuntar, en referencia al último punto que se acaba de mencionar (el otorgamiento de subsidios), que la jurisprudencia de nuestros tribunales federales ha conceptualizado a los subsidios de la siguiente forma:

SUBSIDIOS. NATURALEZA JURÍDICA. Los subsidios constituyen una atribución constitucional de la autoridad legislativa y excepcionalmente del Ejecutivo federal en ejercicio de facultades reglamentarias, consistente en una ayuda de carácter predominantemente económico, que debe revestir las características de generalidad, temporalidad y no afectación a las finanzas públicas, con la finalidad de apoyar las actividades económicas que para la economía nacional sean de orden prioritario, así como el estímulo a la organización de empresarios y consumidores, la racionalización de la producción y la creación de industrias de utilidad nacional, cuya vigilancia y evaluación de resultados debe realizar el Estado. En cuanto a actos de autoridad, los subsidios se decretan unilateralmente, vinculando a los gobernados, tanto a los beneficiarios directos o últimos como a los terceros que eventualmente intervienen en su aplicación, de modo que ésta al crearse situaciones jurídicas concretas, da lugar a obligaciones de las autoridades y derechos correlativos de los gobernados; por lo tanto, aun cuando los subsidios tienen la finalidad de otorgar un beneficio y no causar un perjuicio a dichos gobernados, debe admitirse que al crear una situación jurídica concreta para aquellos terceros que intervienen en el procedimiento, éstos pueden verse afectados por las determinaciones correspondientes que modifiquen o revoquen un subsidio sin la observancia de la normatividad establecida en el decreto respectivo. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, octubre de 1999, tesis 2a. CXXII/99, p. 591.

Es evidente que el concepto de subsidio es importante para entender el marco constitucional de las libertades económicas y precisar un poco más, si cabe, el alcance de la prohibición de exención de impuestos, a la que ya nos hemos referido.

6. *Iniciativa privada y planificación estatal en el marco constitucional de las libertades económicas*

La intervención del Estado en la economía, aún en los tiempos neoliberales que corren, es necesaria y lo seguirá siendo de forma importante en el corto y mediano plazos.

Parte de esa intervención se justifica en virtud del ideal de igualdad que incorpora el constitucionalismo moderno. Recordemos que si bien es cierto que el primer constitucionalismo (el de finales del siglo XVIII) surge fundamentalmente para proteger el valor de la libertad, el constitucionalismo del siglo XIX (de manera tímida y desorganizada) y sobre todo el constitucionalismo del siglo XX (de manera más clara y contundente) organizan un entramado institucional y una serie de derechos construidos para lograr la igualdad de todos los integrantes de la comunidad política.

El objetivo de la igualdad supone que el Estado se allegue de recursos, que son necesarios para el desarrollo de los mecanismos de garantía de esa igualdad, concretados fundamentalmente en los derechos sociales (educación, salud, vivienda, empleo, jubilación, etcétera). Una economía absolutamente libre terminaría con la competencia económica (el capitalismo actual es de signo monopolista) y con la escasa igualdad que el constitucionalismo ha intentado alcanzar en los últimos decenios (con éxito discreto en América Latina en general y en México en particular). Por eso se requiere un buen funcionamiento de los elementos que en materia económica contempla la constitución mexicana de 1917.

La economía tiene una gran relación con los derechos fundamentales; aparte de la muy obvia que resulta de la regulación económica directa como parte del catálogo de derechos que contiene la Constitución, la economía juega un papel estratégico esencial para hacer realidad los derechos, los cuales —como lo han apuntado Holmes y Sunstein—³⁹¹ tienen un costo y deben por ello ser alimentados por una economía eficiente y productiva que no deje a los derechos como meras declaraciones de papel, llenas de buenas intenciones, pero sin los recursos para convertirse en realidades tangibles. Aunque no determina su exigencia ni modera las obligaciones que se generan para el Estado, es evidente que lo que se acaba de decir tiene un impacto directo, por ejemplo, en el tema de los derechos sociales, que será objeto de estudio detenido en un capítulo posterior dentro de este libro.

³⁹¹ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2000.

La Constitución parece hacerse eco de lo que se acaba de decir y perfila un conjunto de disposiciones que se encuentran a medio camino entre los dos modelos extremos de la absoluta e irrestricta libertad de mercado, por un lado, y de la completa estatalización de la economía por otro. De esta manera, se conforman las bases para alcanzar una economía social de mercado, en la que las libertades económicas se compensen con intervenciones selectivas del Estado, tendentes a corregir algunas desviaciones generadas por el propio mercado, por ejemplo en términos de redistribución de la riqueza o de aseguramiento de la libre concurrencia al controlar y combatir a los monopolios.

Desde luego, la Constitución diseña simplemente las bases de lo que debe ser la regulación de la economía nacional, así como la relación que, en este punto, debe generarse entre los poderes públicos y los particulares; pero el texto constitucional deja un amplio margen de maniobra al legislador ordinario para dictar las regulaciones que considere más oportunas en función de una serie de factores. En este contexto, es importante señalar que los textos constitucionales no deben imponer detalles del modelo económico de un Estado, ya que corresponde a las mayorías políticas que gobiernan ir definiendo, momento a momento y siempre con sujeción al marco general trazado por la Constitución, los perfiles que quieran aportar en materia económica.

Hay que ser conscientes, pese a todo, que la regulación estatal de la economía, incluso en el contexto de una economía abierta y de signo liberal, es muy complicada, sobre todo frente a las formas emergentes de actuación económica transnacional y frente al poderío de empresas que controlan una cantidad impresionante de recursos económicos y humanos. Quizá es por esto que algún autor ha calificado a la parte económica de la Constitución española como “la Constitución imposible”,³⁹² a la vista del poco éxito que esa regulación ha tenido en la práctica. Lo mismo podríamos decir en México, en donde a la debilidad de los poderes públicos frente a los grandes poderes económicos se une un marco constitucional que como tuvimos ocasión de comprobar es bastante vago y que incluso ha sido interpretado de forma muy restrictiva por nuestros jueces.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Ángel Manuel, “De la libertad moderna a la idea liberal burguesa y a los derechos fundamentales”, *Estudios de teoría del Estado y derecho*

³⁹² Mercado Pacheco, Pedro, “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española”, en Capella, Juan Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 293 y ss.

- constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.
- ALÉN, Luis H., “La doctrina de la ‘actual malice’ o real malicia”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “La impugnación de los decretos de exención de impuestos del Ejecutivo federal mediante la controversia constitucional”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- ÁLVAREZ, Silvina, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 123, junio de 2002.
- ARAGÓN, Manuel, “Orden constitucional económico”, en *id.* (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I.
- , “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.
- ARENDT, Hannah, “¿Qué es la libertad?”, en su libro *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios de reflexión política*, Barcelona, Península, 2003.
- AZURMENDI, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2a. ed., México, Fundación Buendía, UIA, 1998.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002.
- BARBERIS, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.
- BARQUET, Mercedes y MÉNDEZ ALVARADO, María de J., “Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México”, *Diálogo y Debate de Cultura Política*, México, núms. 15-16, enero-junio de 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XVIII, 2001.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, “Libertad de circulación”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- , “La libertad de información en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- y VILLAVERDE, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- BEYANI, Chaloka, *Human Rights Standards and the Free Movement of People within States*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “La independencia del Banco de España en clave constitucional”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- , “La resistencia a la opresión, hoy”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- , “Kant y las dos libertades”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOIX PALOP, Andrés, “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 65, mayo-agosto de 2002.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002.
- CABEZUELO ARENAS, Ana L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.
- , “La autonomía universitaria en España”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- CARBONELL, Miguel, *Transición a la democracia y medios de comunicación: un punto de vista constitucional*, Aguascalientes, Coordinación General de Asesores-Gobierno del Estado, 2002.
- , “Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 104, mayo-agosto de 2002.

- , “La modernización de la Ley de Imprenta y la democracia mexicana”, *Etcétera*, México, núm. 16, febrero de 2002.
- , “Constitución y medios”, en su libro *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- , “Pluralismo mediático”, en su libro *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- CARPIZO, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones”, *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, Cámara de Diputados, 1998.
- , “Constitución e información”, en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- , “Vida privada y función pública”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003.
- CARRILLO, Marc, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2003.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. I (La sociedad red), México, Siglo XXI Editores, 1999.
- CELADOR, Óscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Siglo XVIII, vol. II, La filosofía de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, t. II.
- CHAPOY BONIFAZ, Dolores B., *Planeación, programación y presupuestación*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, “La esclavitud en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 97, julio de 2003.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel F., “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- CODERCH, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- (dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.

- y GÓMEZ POMAR, Fernando (eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002.
- Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en su libro *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , “Free Speech, Politics and the Dimensions of Democracy”, incluido en su libro *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- ELVIRA, Ascensión, “Asociaciones y democracia interna”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e Diritto*, Roma, núm. correspondiente al tercer y cuarto trimestre del 2000.
- FERRERES, Víctor, “El principio de igualdad y el ‘derecho a no casarse’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 42, septiembre-diciembre de 1994.
- FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997.
- , *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GARCÍA CANALES, Mariano, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El problema de la desobediencia civil”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003.

- , *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México”, en VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Artículo 61”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, t. III.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002.
- y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, Civitas, 2002.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- , *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 129, enero-febrero de 2003.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2000.
- IBÁN, Iván C. y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Lecciones de derecho eclesiástico*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- KATZ, Isacc M., *La Constitución y el desarrollo económico de México*, México, Cal y Arena, 1999.
- KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- LAPORTA, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983.
- , “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho eclesiástico del Estado, derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, UCM, 1991.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- , “Derecho de la información”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. IX.

- , “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- LORA, Pablo de, *Entre el vivir y el morir. Ensayos de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2003.
- LORENZO VÁZQUEZ, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, CEPC, 2001.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.
- , “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999.
- MADRID, Miguel de la, *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, 3a. ed., México, Porrúa, 1986.
- , “El régimen constitucional de la economía mexicana”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- , “Artículo 26”, en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2000, t. I.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson, 2000.
- , *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, “Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México”, *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, núm. 117, abril de 2000.
- MERCADO PACHECO, Pedro, “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española”, en CAPELLA, Juan Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.
- MIERES, Luis Javier, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2003.
- , *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.

- MINC, Alain, *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- MORANGE, Jean, *Las libertades públicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- MUÑOZ-ALONSO LEDO, Alejandro, “La democracia mediática”, en MUÑOZ-ALONSO, A. y ROSPIR, Juan Ignacio (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999.
- MUÑOZ DE ALBA, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001.
- ORDÓÑEZ, Jorge, “El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Libertad de expresión”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, CEPC, 1999.
- PAPIER, Juan Jorge, “Ley fundamental y orden económico”, en BENDA y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PATRICK, John J. y Long Gerald P. (eds.), *Constitutional Debates on Freedom of Religion*, Westport, Greenwood Press, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio y PRIETO SANCHÍS, Luis, “La filosofía de la tolerancia”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. I, “Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII”, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en SAUCA, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier, “Derecho a la vida”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.

- POLO SABAU, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2002.
- POSNER, Richard, "Obsessed with Pornography", en su libro *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- PUTNAM, Robert, *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000.
- RISSO FERRAND, Martín J., "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, "La libertad de información en la jurisprudencia constitucional", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, CEPC, BOE, 2000.
- ROLLNERT LIERN, Göran, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Madrid, CEPC, 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos M., "El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías", en VV. AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., "El valor de la autonomía", en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SAAVEDRA, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- SALDAÑA, Javier y ORREGO, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- SÁNCHEZ, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- SANTOLAYA, Pablo, "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)", en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.

- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.
- SEN, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SHAPIRA, Amos, "Should Violent and Hate Speech be Protected? Some Reflections on Freedom of Expression and its Limits", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2001.
- SOLOZÁBAL, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 32, 1991.
- STARCK, Christian, "The Development of the Idea of Religious Freedom in Modern Times", en VV. AA., *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, IIJ-UNAM, 1996.
- STRONG, Frank R., "Fifty Years of 'Clear and Present Danger': From Schenck to Brandenburg and Beyond", *The Supreme Court Review 1969*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969.
- SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.
- , *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, México, Porrúa, 2002.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo, "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- TREJO DELARBRE, Raúl, "Civilizar a los poderes salvajes. Ilimitado dominio de los medios de comunicación", en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002.
- TRIBE, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992.
- UROFSKY, Melvin, *Religious Freedom. Rights and Liberties under the Law*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2002.

- VALADÉS, Diego, "El régimen constitucional de la tolerancia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, IIJ-UNAM, 2000.
- , "Derecho de la educación", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VII.
- VAN PARIJS, Phillippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- VELASCO, Juan Carlos, "El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- VIDAL PRADO, Carlos, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, CEPC, 2001.
- VILLANUEVA, Ernesto, *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, UAM-A, 1995.
- , *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IIJ, UNAM, 1998.
- , *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000.
- VILLAYERDE, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
- , *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995.
- , "Derecho de rectificación", en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- VV. AA., *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida. Sentencia sobre el aborto*, México, INACIPE, 2002.
- VV. AA., *La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2002.
- VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994.
- VV. AA., *La libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1996.
- VV. AA., *Objeción de conciencia*, México, IIJ-UNAM, 1998.
- VV. AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890; trad. al castellano *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.

- WIEVIORKA, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

CAPÍTULO CUARTO

LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

I. El concepto de seguridad jurídica	585
1. Dimensiones de la seguridad jurídica	587
2. Riesgos actuales de la seguridad jurídica	589
II. Derecho a la información (artículo 6o.)	591
1. Información, secreto y democracia	594
2. El derecho de acceso a la información pública	597
A. Cuestiones generales	597
B. La regulación en México	604
3. Algunos criterios jurisprudenciales sobre derecho a la in- formación	611
4. Protección de datos personales	619
III. Derecho de petición (artículo 8o.)	621
1. Cuestiones generales	622
2. Respuesta de la autoridad	624
3. Breve término	628
4. Derecho de petición y negativa ficta	629
5. El derecho de petición en materia política	631
IV. Derecho de posesión y portación de armas (artículo 10) . . .	632
V. Irretroactividad de la ley (artículo 14, párrafo primero) . . .	636
VI. El artículo 14, párrafo segundo	652
1. Actos privativos	653
2. Formalidades esenciales del procedimiento.	656

Derecho a la información consular	664
3. Tribunales previamente establecidos	669
VII. La exacta aplicación de la ley en materia penal (artículo 14, párrafo tercero).	670
1. Reserva de ley	673
2. Taxatividad	677
3. Prohibición de analogía	683
4. Proporcionalidad y legislación penal	685
VIII. El derecho a la legalidad en materia civil (artículo 14, párrafo cuarto)	690
IX. Los derechos del artículo 15 constitucional.	692
X. La garantía de legalidad en sentido amplio (artículo 16, párrafo primero)	695
1. Mandamiento escrito	696
2. Autoridad competente	698
3. Fundamentación y motivación	699
XI. Detenciones (artículo 16, párrafos segundo a sexto)	706
XII. Inviolabilidad del domicilio (artículo 16, párrafos octavo, undécimo y decimotercero)	712
XIII. Inviolabilidad de comunicaciones privadas (artículo 16, párrafos noveno, décimo y duodécimo)	720
XIV. Los derechos del artículo 17 constitucional.	724
1. Prohibición de autotutela	724
2. Acceso a la justicia	725

3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	732
4. Independencia judicial y ejecución de las sentencias. . . .	733
5. Deudas civiles	736
 XV. La presunción de inocencia	 737
 XVI. La pena de prisión y la cercanía con el domicilio.	 740
 XVII. La pena de muerte	 744
 XVIII. El derecho de propiedad (artículo 27).	 749
 XIX. Bibliografía	 754

CAPÍTULO CUARTO

LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

I. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Los derechos de seguridad jurídica son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. El Estado de derecho en sentido formal puede entenderse como el conjunto de “reglas del juego” —de carácter fundamentalmente procedimental— que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos. Se trata del concepto *formal* de Estado de derecho como Estado en el que las autoridades se encuentran sujetas a la ley (o, más en general, a las normas jurídicas).

Una de las notas que más se ha hecho presente en la historia y en la teoría sobre la noción de “Estado de derecho”, es la que tiene que ver con la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento: los requisitos que deben observar las autoridades para molestar a una persona, la competencia limitada y/o exclusiva de cada nivel de gobierno, la imposibilidad de aplicar hacia el pasado las nuevas leyes, las reglas de carácter procesal para privar a una persona de su libertad, y así por el estilo.

Elías Díaz lo ha escrito de forma contundente en un libro clásico sobre el tema:

el Estado de derecho es el Estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley... Las ideas de control jurídico, de regulación desde el derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales en el concepto del Estado de derecho en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales.¹

¹ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991, pp. 17 y 18; del mismo autor, sobre el tema, “Estado de derecho y legitimidad demo-

La sujeción de los órganos públicos a la ley se concreta en el principio de *mera legalidad*, el cual es distinto al principio de *estricta legalidad* según el cual las autoridades no solamente deben de acatar las leyes cualesquiera que sean sus contenidos, sino que es preciso además que todos sus actos —incluyendo los propios actos legislativos— estén subordinados a los derechos fundamentales.²

La idea de seguridad jurídica tiene muchas vertientes y se concreta en una pluralidad de significados. En el primero que estamos analizando, referido a la sujeción de los poderes públicos al derecho, empata directamente con la misión central que tuvo el primer constitucionalismo, que entendía que todo el sistema constitucional se justificaba en la medida en que pudiera *controlar* al poder por medio del ordenamiento jurídico.³ La división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales serían desde entonces, y lo siguen siendo en la actualidad, los dos elementos claves para alcanzar ese objetivo, como lo anticipó en su momento el conocido artículo 16 de la Declaración francesa de 1789. En esa misma lógica y dentro del mismo momento histórico se debe recordar también que el artículo 80. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que “La seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”.

La seguridad jurídica, por tanto, se expresa en mandatos de carácter formal con respecto a la actuación del Estado y de sus órganos, preservando la idea de la división de poderes como sujeción *funcional* a una serie de “reglas del juego”, con el objetivo de preservar la libertad de las personas que habitan en el propio Estado. Como escribe Gregorio Peces-Barba, “en su dimensión de justicia formal, la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico”.⁴

crática”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002, pp. 61 y ss.

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 857; del mismo autor, sobre el tema, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

³ La idea del control del poder ha sido desarrollada, entre otros autores, por Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, IIJ-UNAM, 2002, y por Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2000.

⁴ Peces-Barba, Gregorio, “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003, p. 8.

1. Dimensiones de la seguridad jurídica

Si analizamos con más detalle lo que se acaba de apuntar, veremos que son dos las dimensiones principales a través de las cuales se expresa el principio de seguridad jurídica: una que tiene que ver con la *previsibilidad* de nuestras acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas, y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos. Antonio E. Pérez Luño ha llamado a lo primero “corrección estructural” y a lo segundo “corrección funcional”.⁵

En efecto, la seguridad jurídica busca que la “estructura” del ordenamiento sea correcta (sea justa, para decirlo en otras palabras) y que también lo sea su “funcionamiento”.

La corrección estructural se concreta en una serie de principios que están presentes en casi todos los ordenamientos jurídicos democráticos. Entre esos principios encontramos los siguientes:⁶

Lege promulgata, principio según el cual para que una norma jurídica sea obligatoria tiene que haber sido adecuadamente promulgada; es decir, tiene que haber sido dada a conocer a sus destinatarios mediante las formalidades que se establezcan en cada caso. La promulgación en los Estados modernos presupone el carácter escrito del derecho, lo que permite la inclusión de las normas en publicaciones oficiales, así como su recopilación en códigos, leyes, tratados, reglamentos, etcétera. Sobra decir que un sistema de derecho escrito permite contar con mayores niveles de seguridad que un sistema de derecho consuetudinario, puesto que al estar fijadas en un texto las normas que rigen en una sociedad es más fácil que sean conocidas y aplicadas por sus destinatarios.

Lege manifiesta, fundamento según el cual las leyes (las normas jurídicas en general) deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados. Así, como lo veremos con detalle más adelante, es contrario a la seguridad jurídica el establecer tipos penales abiertos o en blanco, que son aquellos en los que la acción que se quiere sancionar no está claramente definida en el texto, ni se establecen con precisión las consecuencias jurídicas por realizarla.

Lege plena, principio según el cual las consecuencias jurídicas de alguna conducta deben estar tipificadas en un texto normativo; todos los actos o conductas que no estén jurídicamente previstos (por ejemplo la determinación del lado por el que se debe subir una persona a la bicicleta o la forma correcta de

⁵ Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 23 y ss.; *id.*, “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 483 y ss.

⁶ Sigo la exposición de Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, *cit.*, pp. 23 y ss.

ponerse los calcetines) no pueden tener consecuencias jurídicas que nos afecten. Esto se logra mediante el establecimiento de un sistema de fuentes del derecho a través del cual se determina qué normas forman parte del ordenamiento jurídico y los pasos que son necesarios para modificar o derogar esas normas. Solamente con base en alguna de las normas pertenecientes al sistema jurídico un juez o una autoridad administrativa nos podrá imponer, llegado el caso, algún tipo de consecuencia jurídica por nuestra conducta.

Lege stricta, con este principio se entiende que algunas áreas de la conducta pueden ser reguladas solamente mediante cierto tipo de normas. Por ejemplo, en el caso de bienes jurídicos de gran importancia, el texto constitucional puede establecer que sólo pueden ser afectados mediante una ley, excluyendo de esa manera la posibilidad de que tales bienes sean regulados por otras fuentes del derecho o por sujetos distintos al Poder Legislativo. Es lo que sucede en los países democráticos con la materia penal o con la materia tributaria, en las cuales las Constituciones suelen establecer lo que se llama una “reserva de ley”, conforme a la cual solamente el legislador puede establecer los tipos penales y sus consecuencias jurídicas o determinar los elementos esenciales de los tributos que debemos pagar para el sostenimiento del gasto público.

Lege previa, fundamento según el cual las leyes solamente pueden regir hacia el futuro, haciendo con ello posible que las consecuencias jurídicas de nuestra conducta sean previsibles en la medida en que podamos saber que estarán regidas bajo las *actuales* reglas del juego y no bajo las reglas que en un momento posterior pudieran dictarse. Este principio se materializa en la prohibición de aplicar retroactivamente la ley.

Lege perpetua, este principio afirma que los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables que sea posible a fin de que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a lo que establezcan. Si un ordenamiento es muy volátil lo más seguro es que cueste mucho alcanzar un conocimiento general de sus normas, de manera que la posibilidad de incumplirlo se incrementará sustancialmente. En México sabemos bien las consecuencias funestas de tener un ordenamiento que todo el tiempo está cambiando; eso sucede sobre todo en materia fiscal y en materia constitucional. Cuando todavía no terminamos de entender el sentido de una reforma constitucional ya están promulgando la siguiente. De la misma forma, la extrema volatilidad de las reglas fiscales hace que sea imposible que una persona pueda cumplir con sus obligaciones tributarias sin contar con la asesoría de expertos, con lo cual se genera una evidente falta de seguridad jurídica y se multiplica la evasión fiscal.

Como se puede apreciar, los principios que se acaban de enumerar no tienen sentido por sí solos; es decir, para que en verdad puedan estar al servicio de la

seguridad jurídica, es necesario que todos ellos, sin excepción, estén presentes en un ordenamiento jurídico determinado. No serviría de nada que las leyes no pudieran ser retroactivas si su contenido fuera tan oscuro que nadie las entendiera; tampoco tendría sentido disponer la necesidad de publicar las leyes si los jueces pudieran utilizar sus propias convicciones personales al momento de imponer una multa o fijar una pena privativa de la libertad. Y así por el estilo. La seguridad jurídica exige la presencia de todos esos principios para volverse realidad (quizá también de algunos otros, ya que los mencionados son la base mínima para que podamos considerar que un ordenamiento jurídico protege la seguridad jurídica).

Los principios mencionados corresponden, decíamos, a la dimensión de la corrección estructural. Por lo que hace a la corrección funcional, la seguridad jurídica exige que podamos garantizar el cumplimiento generalizado de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico a los particulares así como la regularidad de la actuación de las autoridades. Esta segunda vertiente o dimensión de la seguridad jurídica se traduce:⁷ a) en la presunción de conocimiento del derecho y en la prohibición de esgrimir la ignorancia del mismo, y b) en el principio de legalidad de los poderes públicos, de acuerdo con el cual estos poderes solamente podrán hacer aquello para lo que estén facultados por una norma jurídica. A través de los dos subprincipios que se acaban de mencionar se busca evitar que las personas puedan evadir el cumplimiento del derecho aduciendo que no conocían las obligaciones que las normas les imponen, así como impedir la arbitrariedad de los poderes públicos al sujetarlos a una serie de reglas que se integran en un sistema de pesos y contrapesos tendente a evitar cualquier transgresión por parte de las autoridades al ámbito de competencias que tienen jurídicamente establecido.

2. Riesgos actuales de la seguridad jurídica

No es difícil advertir que son muchas las exigencias que despliega el principio de seguridad jurídica. Pero tampoco es complicado intuir que muchas de esas exigencias se realizan de manera muy precaria en la mayoría de países democráticos del mundo (y no se realizan de forma alguna en los países no democráticos, como es obvio).

Pensemos, por poner un ejemplo, en el principio de *lege manifesta*, de acuerdo con el cual las normas jurídicas deben ser claras y comprensibles por sus destinatarios: ¿en verdad una persona sin formación técnico-jurídica sería capaz de entender una ley aduanera o un reglamento sobre impacto ambiental?

⁷ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

Lo más probable es que para orientarse en esos textos deba recurrir a la asesoría de los profesionales. De hecho, ni siquiera la propia Constitución mexicana de 1917 utiliza el lenguaje adecuado y comprensible que sería deseable para una norma que se dirige a todas las personas que se encuentran en el territorio nacional. El lenguaje constitucional es rebuscado y la redacción de sus normas es oscura e intrincada. En ocasiones ni los especialistas teóricos ni los tribunales pueden orientarse con seguridad en el texto constitucional, como lo demuestra el hecho de que sobre un mismo precepto existan las más diversas y dispares interpretaciones. En general se puede decir que tenemos un ordenamiento jurídico opaco, en el que no abunda la claridad y sí más bien las zonas de penumbra o de franca oscuridad.

Las dificultades para la seguridad no se detienen en la mala redacción de las normas jurídicas, sino que aumentan por efecto de la velocidad a la que cambia el ordenamiento jurídico y por el gran número de normas de todo tipo a las que se enfrentan cotidianamente las personas. En un país con una estructura federal como es el caso de México, una persona que quisiera estar al tanto del conjunto del ordenamiento jurídico no solamente tendría que leer todos los días el *Diario Oficial de la Federación*, sino también las gacetas y periódicos oficiales de las 31 entidades federativas y del Distrito Federal. ¿Cómo conocer los 33 códigos penales, los 33 códigos de procedimientos penales, los 33 códigos civiles y los 33 códigos de procedimientos civiles que están vigentes en el territorio nacional? ¿y cómo sumar a ese conocimiento las reglas en materia de comercio exterior, los bandos municipales, las circulares y los reglamentos que cada semana expiden la Secretaría de Hacienda o el Banco de México? Es imposible.

Como principio de seguridad jurídica es incontrovertible que debemos presumir que el derecho es conocido por todos a través del mero hecho de contar con una serie de formalidades para que una norma jurídica sea obligatoria (por ejemplo al exigir su publicación antes de que pueda entrar en vigor), pero es también incontrovertible que ese conocimiento no se realiza en los hechos y que cada día se revela como una cuestión meramente académica.

Por lo que hace a la corrección funcional aplicada a la observancia del principio de legalidad de los poderes públicos, cualquiera que se acerque a la realidad mexicana de nuestros días comprobará que no se observa cabalmente en ningún nivel de gobierno y por ninguna autoridad. Las autoridades administrativas se han significado en la historia mexicana por ignorar cualquier tipo de regulación jurídica en su funcionamiento. Lo mismo la policía que los inspectores de vía pública; en general, las autoridades se conducen al margen de la ley y están sujetos más bien a códigos corruptos en perjuicio del interés general. Es aplicable a México la observación que hace Luigi Ferrajoli sobre Italia en el

sentido de que junto a la configuración formal y pública del Estado, se ha ido construyendo un Estado sumergido, “un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos”.⁸

En los siguientes apartados emprendemos el estudio de cada uno de los derechos de seguridad jurídica que contempla la Constitución mexicana, según van apareciendo en el texto constitucional. Como ya se dijo en la nota preliminar, algunos derechos que tienen que ver con la materia penal no serán estudiados dentro de este capítulo por considerarse que, en razón de su objeto, pertenecen al ámbito del derecho penal, procesal penal o penitenciario.

II. DERECHO A LA INFORMACIÓN (ARTÍCULO 6o.)

El derecho a la información fue agregado como última parte del texto del artículo 6o. en 1977, dentro del proceso de la llamada “reforma política” de ese año que culminó con diversos cambios constitucionales.

El texto constitucional no podía ser más escueto: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Aunque como veremos en seguida, guarda una estrecha relación con las libertades de expresión e imprenta, se ha considerado oportuno ubicar al derecho a la información dentro del capítulo de los derechos de seguridad jurídica en virtud de que supone más un instrumento de certeza del derecho, que el ejercicio de una libertad. En este contexto, puede afirmarse que el derecho a la información no es una mera *posibilidad de actuar libre de interferencias*, sino que requiere de una serie de medidas de carácter positivo por parte del Estado e incluso de los particulares para poder realizarse.

No debe confundirse el derecho *a* la información con el derecho *de* la información; el primero es el derecho que tienen todos los individuos a obtener información, tanto de los particulares como de las autoridades. El derecho *de* la información es el conjunto de normas jurídicas aplicables al proceso informativo, lo que incluye el régimen jurídico de los medios de comunicación, el estatuto profesional de los comunicadores, los derechos de autor de quienes generan información, etcétera.⁹

⁸ Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003, p. 144.

⁹ Sobre el concepto de derecho *de* la información y del derecho *a* la información ver, respectivamente, Aguirre Nieto, Marisa, “El derecho de la información como ciencia” y

El derecho a la información es un derecho de carácter complejo, que involucra a varios sujetos y que genera, para esos sujetos, una variada red de posiciones subjetivas y obligaciones de acción y de abstención. Veamos, de entre todos los posibles, algunos de estos asuntos.

Los sujetos que principalmente están involucrados en el derecho a la información son: el Estado, los medios de comunicación, los periodistas y, como es obvio si se acepta el carácter universal de los derechos fundamentales, todas las demás personas; sin embargo, conviene tener presente la distinción entre las personas que trabajan o son propietarios de los medios de comunicación, los periodistas y el resto de ciudadanos en virtud de que los primeros y los segundos tienen una serie de derechos añadidos a los que tienen en general los ciudadanos.

El derecho a la información tiene, en relación con el Estado, un doble componente. De una parte, se trata de que el Estado se abstenga de impedir la búsqueda o difusión de informaciones por parte de los particulares; éste sería su contenido *pasivo*. Al respecto, Ignacio Villaverde apunta que

En lo que concierne al derecho de libertad [de información] es obvio que el mandato es de abstención. El Estado debe eludir cualquier tipo de acción u omisión que implique una injerencia en o impida la recepción de información... Por tanto, se viola ese deber de abstención por el Estado tanto si condiciona el acceso a cierta información como si lo hace del uso de determinados medios de difusión para recibirla, siempre que tal condición no se especifique en una norma legal.¹⁰

Así, el derecho a la información puede considerarse una especie de la más amplia libertad de expresión. Recordemos que, como tuvimos oportunidad de sostener en el capítulo tercero al referirnos a la libertad de expresión, uno de los aspectos de esa libertad es justamente la posibilidad de allegarse de información. Desde este punto de vista, el derecho a la información tendría un valor instrumental para la libertad de expresión. Mediante el acceso a la información la persona maximiza su autonomía, al tomar conocimiento de una amplia diversidad de datos, opiniones, posturas académicas, posiciones filosóficas, etcétera.¹¹

Escobar de la Serna, Luis, "El proceso de configuración del derecho a la información", ambos incluidos en Bel Mallén, Ignacio y Corredoira, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.

¹⁰ Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, p. 348.

¹¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "El acceso a la información como derecho", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, p. 225.

Por otra parte, el Estado tiene la obligación, de carácter positivo, de aportar información, garantizando —como dice el texto constitucional— la efectiva realización de ese derecho. En este aspecto, que se podría denominar contenido *activo* del derecho a la información, el Estado debe, entre otras cuestiones, promover “el acceso libre e igual a la información, remover los obstáculos que se interpongan en este acceso y facilitar la participación de los individuos en el ámbito de lo público a través de su adecuada información”.¹²

Desde luego, las preguntas surgen de inmediato: para garantizar la realización de ese contenido *activo* del derecho a la información ¿qué información en concreto debe proporcionar el Estado?, ¿cumple con esa obligación simplemente a través de los informes ordinarios que rinden, por ejemplo, el presidente de la República el 1o. de septiembre por mandato del artículo 69 constitucional, el presidente de la Suprema Corte ante el pleno de la propia Corte, o el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ante el Congreso?, ¿qué sujetos en concreto deben ser los que proporcionen información?, ¿quién puede exigirla?, ¿por medio de qué procedimientos se pueden defender los particulares —incluyendo a los medios de comunicación— en caso de que se les niegue el acceso a una determinada información?, ¿se puede negar la entrega o el acceso a ciertas informaciones por razones de seguridad nacional u otras equivalentes?

Sergio López-Ayllón señala que es justamente en el ámbito de las acciones positivas que debe desarrollar el Estado en donde se debe dar la regulación legislativa. Con dicha regulación no se trataría de limitar las libertades que se desprenden del mismo derecho a la información (las libertades de buscar y difundir información), sino de “expandir su ejercicio”.¹³

En realidad, tomando en cuenta este punto de vista, la no regulación es lo que provoca la negación del derecho, pues ante el vacío legislativo no hay elementos para dar respuesta a las preguntas formuladas en el párrafo anterior; esta es la situación que durante años imperó en México y que sólo ha podido ser superada recientemente. Lo que en cualquier caso debe quedar claro es que el derecho a la información incorpora una faceta activa que se concreta en la obligación a cargo del Estado de proporcionar información, aun si nadie se la pide.

¹² Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, cit., p. 349.

¹³ “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carbonell, Miguel y Carpizo, Jorge (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 172.

1. *Información, secreto y democracia*

El derecho a la información tiene una gran importancia para cualquier régimen democrático. Una de las notas características de los sistemas autoritarios o dictatoriales siempre ha sido ejercer el poder en secreto, de forma que el pueblo no sólo no tenga ninguna participación en el gobierno sino que incluso, hasta donde sea posible, no posea ningún conocimiento de lo que hacen sus gobernantes. Por el contrario, la democracia es por excelencia la forma de gobierno basada en lo público, concepto que se desarrolla desde el momento de elegir a los gobernantes (por medio de sistemas electorales públicos y no secretos, como es obvio) hasta las vías a través de las que se pueden tomar las decisiones (la publicidad de los debates parlamentarios es una regla indiscutida de la democracia).¹⁴

En México, el signo permanente del ejercicio del poder, como corresponde a un régimen autoritario, ha sido el secreto y la manipulación informativa. Sin embargo, desde hace unos años el “derecho a saber” ha sido una de las reivindicaciones constantes de algunos grupos de la oposición política y de numerosos actores de la sociedad civil. En los últimos tiempos el control gubernamental sobre los medios de comunicación masiva se fue debilitando progresivamente y comenzó a surgir un muy incipiente pluralismo informativo.

En este contexto, lo que tradicionalmente había sido una enorme fuente de poder para fortalecer al régimen y perpetuar su dominio (el control de la información), se ha desvanecido en los últimos años. Como señala Luis Rubio,

El control de información ha sido siempre una de las fuentes más importantes de poder. Las comunicaciones y la capacidad de procesamiento de la información son las dos tecnologías que están penetrando a México a la velocidad del sonido y, con ello, transformando la realidad política del país. Mientras que antes la información se podía concentrar y ocultar, la esencia de la revolución implícita en estas tecnologías es precisamente la contraria: las comunicaciones descentralizan el poder en la medida en que se descentraliza el conocimiento y la información.¹⁵

En un sistema democrático, la información tiene un valor por sí misma, con independencia de que se le pueda o no relacionar con algún derecho fundamental (por ejemplo con la libertad de expresión, como ya se ha mencionado). A

¹⁴ Una buena argumentación al respecto puede verse en Stiglitz, Joseph E., “Sobre la libertad, el derecho a estar enterado y el discurso público”, en Gibney, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003, pp. 125 y ss.

¹⁵ Rubio, Luis, *La democracia verdadera. Información, ciudadanía y política pública*, México, Cal y Arena, CIDAC, 1998, p. 24.

partir de ese valor autónomo, la información se suma a los bienes jurídicos intangibles que, al igual que sucede con la propiedad intelectual, las patentes industriales o las marcas, comienzan a ser tutelados por el ordenamiento jurídico a partir del siglo XX (particularmente desde los años cincuenta).¹⁶

En este contexto, la información da lugar a un derecho individual, como instrumento de realización de la libertad de expresión en primer lugar y luego como un derecho de carácter autónomo que se reconoce a partir del valor intrínseco de la información misma. Pero la posibilidad de tener acceso a la información tiene también una dimensión colectiva en tanto que la información es un bien público.¹⁷ La información es una de las bases para el ejercicio democrático del poder, basado en la publicidad de los actos del gobierno y en la transparencia de la administración. El acceso a la información es lo que nos permite saber, por ejemplo, de qué manera se está gastando el gobierno el dinero de nuestros impuestos.

Históricamente, los primeros órganos que se han sometido al principio de publicidad han sido los parlamentos.¹⁸ En el Estado liberal del siglo XIX la publicidad parlamentaria permitió integrar a la sociedad civil en el Estado, reduciendo de esa manera la enorme distancia que, bajo el antiguo régimen, existía entre representados y representantes.

A la apertura de los parlamentos ha seguido, en clave histórica, la apertura de los tribunales. La publicidad del proceso es una de las reglas que históricamente han regido el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales a partir del surgimiento del Estado liberal; antes, en el antiguo régimen, los juicios eran en buena medida secretos.

También a los tribunales les presta legitimidad de ejercicio la transparencia en sus actuaciones. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español, “la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de derecho que la convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de justicia”. La publicidad de las actuaciones procesales es una de las formas mediante las que la opinión pública puede controlar el funcionamiento de los tribunales, que es una cuestión diferente al derecho que tienen las partes a acceder a los expedientes judiciales que les afecten. La transparencia de las actuaciones judiciales puede servir para disminuir el riesgo de corrupción de los jueces, así como para mantener la imparcialidad que exige su

¹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.* p. 223.

¹⁷ *Ibidem*, p. 227.

¹⁸ Vega, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 43, 1985, pp. 45-65.

función. Ya lo intuía Mirabeau cuando sostuvo: “Dadme el juez que queráis: parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal que no pueda hacer nada si no es cara al público”.¹⁹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en el caso *Axen* de 1983 que

el carácter público de los procedimientos ante los tribunales... protege a los litigantes frente a una administración de justicia secreta y sin control de la opinión pública; constituye igualmente uno de los medios para preservar la confianza ante los juzgados y tribunales mediante la consecución de una justicia transparente. La publicidad contribuye a lograr la finalidad del artículo 6.1: el derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática.²⁰

Es la administración pública la que más ha tardado en procurar la transparencia de sus actuaciones. Quizá se deba lo anterior a que, como señala Francisco J. Laporta, “Los gobiernos son enemigos potenciales de la información que les atañe o les perjudica”.²¹ No es sino hasta los años sesenta del siglo XX, bajo el empuje del movimiento dirigido a “democratizar” a la administración pública, que el tema de la transparencia empieza a plantearse como una exigencia frente a la rama ejecutiva del gobierno.²²

La transparencia administrativa es una consecuencia, como ya se ha mencionado, del carácter democrático del Estado, pero también supone un estímulo para mejorar su eficacia, a la vez que permite garantizar de mejor manera su rectitud e imparcialidad, de modo que sirve incluso para proteger a la administración contra sí misma.²³ Además, el hecho de que los gobernados puedan exigir información a la administración pública sirve para equilibrar de alguna manera las enormes potestades que tiene el Estado para pedir información de los particulares.²⁴

La transparencia administrativa es un concepto amplio y un tanto difuso; contempla cuestiones muy variadas, por ejemplo el derecho de acceso a los do-

¹⁹ Citado por Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 313.

²⁰ *Idem*.

²¹ Laporta, Francisco, “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.

²² Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., p. 317.

²³ *Ibidem*, p. 318.

²⁴ *Ibidem*, p. 319.

cumentos administrativos, la motivación de los actos administrativos —en tanto que exteriorización de las razones por las que la autoridad ha tomado una decisión y como justificación del contenido de la misma—,²⁵ la identificación del responsable de cada procedimiento que lleva a cabo el Estado, la claridad en la distribución de competencias, la participación de los particulares —de forma individual o colectiva— en los procedimientos administrativos, etcétera.²⁶ Según se puede ver, el concepto de transparencia es más amplio que el de acceso a la información.

No es lo mismo la transparencia que la publicidad administrativa. La publicidad se puede entender como una condición de visibilidad de la acción administrativa, lo cual supone, entre otras cuestiones, la accesibilidad a las fuentes de información administrativa y la publicidad de las sesiones de los órganos colegiados de la administración.²⁷

2. *El derecho de acceso a la información pública*

A. Cuestiones generales

Una de las especies del genérico derecho a la información es el derecho de acceso a la información pública, es decir, el derecho de conocer la información de carácter público que se genera o que está en posesión de los órganos del poder público o de los sujetos que utilizan o se benefician con recursos provenientes del Estado.

El mencionado derecho que tienen los ciudadanos para acceder a documentos y datos que obren en poder del gobierno, puede tener dos distintas manifestaciones. La primera es cuando los datos a los que se quiere tener acceso afectan de manera directa la esfera jurídica de una persona; se trataría por ejemplo de documentos que obren en un proceso judicial o administrativo en el que el interesado sea parte.

La segunda manifestación del derecho de acceso a la información se produce cuando una persona quiere tener acceso a documentos que no afectan de manera directa su esfera jurídica; es el caso que, en algunos de sus preceptos, regula la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (a esta Ley le dedicaremos un estudio más detenido en un apar-

²⁵ Sobre el tema de la fundamentación y motivación de los actos de autoridad nos detendremos más adelante dentro de este mismo capítulo.

²⁶ Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., pp. 319 y 320.

²⁷ *Ibidem*, p. 321.

tado posterior) y se da siempre que una persona se dirige a un órgano público para solicitar cualquier tipo de documento sin que tenga que justificar ningún tipo de interés jurídico para tener acceso a él. A lo primero se le podría llamar “derecho de acceso a la información en sentido restringido”, y a lo segundo “derecho de acceso a la información en sentido amplio”. Como ya se ha señalado, ambas manifestaciones forman parte (aunque no lo agotan) del derecho a la información establecido en el artículo 6o. *in fine* de la Constitución mexicana.²⁸ Se relacionan y guardan estrecha dependencia, como es obvio, con otros derechos fundamentales.

Así, el derecho de acceso a la información en sentido restringido se relaciona con el derecho al debido proceso legal establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales; así como con el derecho a la impartición de justicia y de acceso a los tribunales del artículo 17 de la propia carta magna.

El derecho de acceso a la información en sentido amplio se relaciona con la libertad de expresión, con los derechos electorales y, más en general, con la concepción democrática del Estado contemporáneo, que la Constitución mexicana recoge explícitamente en su artículo 40.

La libertad de expresión, para no ser un ejercicio estéril y completamente vacío debe estar nutrida por información; en este sentido, el que los ciudadanos puedan acceder a los documentos y archivos públicos les permite —instrumentalmente— un mejor ejercicio de su libertad de expresión.

Los derechos de sufragio, activo y pasivo, también requieren de un mínimo de información para ser ejercidos de forma correcta. Así, un candidato opositor, para estar en aptitud de presentar a los electores un programa de gobierno alternativo al del partido en el poder, debe conocer el funcionamiento de los poderes públicos y sus problemas, lo que puede suceder solamente si se le permite a ese candidato acceder la información que obra en poder del Estado; en cuanto al sufragio activo, es obvio que para ejercer un voto razonado el ciudadano debe contar con información sobre el desempeño de sus gobernantes, la eficiencia y diligencia con que desempeñan sus funciones, el grado de cumplimiento que han tenido respecto a los ofrecimientos que hicieron en campaña, etcétera. Como lo señala Roberto Saba,

Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto que puede arrojar resultados

²⁸ López-Ayllón, Sergio, “Artículo 6o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. I, pp. 119 y ss.

fuertemente dañinos para la comunidad... El derecho a la información es, en consecuencia, una *precondición* del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía.²⁹

Además de lo anterior, una democracia requiere de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos; esto significa que los ciudadanos deben tener la capacidad jurídica de conocer en todo momento la conducta de sus gobernantes. De otra manera, es imposible asignar responsabilidades a los malos funcionarios y recompensar a los buenos.

Al tratar las cuestiones generales sobre el derecho a la información hemos sostenido que, al margen de su carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales, la información tiene un valor propio. A partir de éste, puede entenderse que forman parte del derecho a la información el “derecho a la verdad”, que sin ser un derecho contemplado como tal por los ordenamientos jurídicos, ha jugado un papel esencial en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, con independencia de que algunas de esas violaciones pudieran o no ser castigadas, los familiares de las víctimas tienen el derecho de saber cuál fue el destino éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.³⁰

El valor propio, autónomo, de la información se traduce en el derecho que tenemos para acceder a datos personales almacenados en bancos de datos públicos o, bajo ciertas circunstancias, también en bases de datos que hayan sido confeccionadas y estén en poder de particulares; es lo que se conoce como el derecho de *habeas data*,³¹ que nos permite consultar las mencionadas bases de datos para el efecto de rectificar, suprimir, actualizar o pedir la confidencialidad de ciertos datos.³²

Finalmente, el valor autónomo de la información es lo que presta fundamento para la “libertad de investigación”, que sirve para el desarrollo de actividades académicas y periodísticas y que genera obligaciones positivas de colaboración para el Estado, cuando el objeto de la investigación sean conductas, datos o políticas públicas.³³

²⁹ Saba, Roberto, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, p. 158.

³⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, p. 231.

³¹ El tema del *habeas data* lo trataremos con algo más de detalle en un apartado posterior.

³² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, p. 232.

³³ *Ibidem*, p. 233.

Por lo que hace a la dimensión colectiva del derecho a la información, esta última es un requisito para el control de los actos de los poderes públicos. Así, a partir del derecho a la información en países como Argentina cualquier persona puede tener acceso a las declaraciones patrimoniales que los altos funcionarios deben presentar al tomar posesión de algún cargo público. Es también el derecho a la información en su dimensión colectiva lo que permite acceder a la información presupuestaria, para conocer la forma y destino de los gastos públicos.³⁴

El derecho de acceso a la información, como se verá en el capítulo quinto, tiene incidencia, por ejemplo, en el ejercicio de algunos derechos sociales; por ejemplo, la posibilidad de acceder a la información es vital para hacer exigible el derecho al medio ambiente (en materia ambiental el derecho a la información ha tenido importantes desarrollos en el derecho comparado y en el derecho mexicano);³⁵ la información también es vital para defender los derechos de los consumidores.³⁶

En términos generales, las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan como una de las primeras obligaciones de los Estados partes la de proveer información sobre el estado que guarda cada uno de los derechos previstos por el Pacto, pues de esa manera se contará con parámetros de medición de los avances o retrocesos que se vayan dando en cada caso.

³⁴ *Ibidem*, p. 234.

³⁵ Una referencia importante en el derecho comparado lo constituye la Directiva 90/313/CEE de la Unión Europea; al respecto, Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., pp. 233 y ss.; en el derecho mexicano cabe destacar la regulación que sobre acceso a la información ambiental se encuentra en el artículo 159 bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. La demanda de información en materia ambiental y en materia de protección de los consumidores fue en su momento pionera en el movimiento cívico en favor del acceso a la información pública; como señala Roberto Saba, “Los activistas organizados que se convirtieron en pioneros en la materia fueron los ambientalistas. Éstos advirtieron rápidamente que el ejercicio del derecho a acceder a la información era de crucial importancia para poder llevar a cabo su labor de control de la actividad pública o privada que pudiera poner en riesgo la existencia de un medio ambiente sano. Es por ello que las primeras normas que reconocen el derecho de la persona a acceder a la información pública son en realidad legislaciones que establecen el derecho a acceder a la ‘información ambiental’. En sentido similar, más tarde fueron las organizaciones abocadas a la defensa de los derechos del consumidor las que pujaron por el derecho a contar con información útil para tomar decisiones en el mercado como usuarios y consumidores”, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, cit., p. 146.

³⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, cit., p. 238.

La información es a veces el presupuesto para ejercer otros derechos;³⁷ así sucede con algunos aspectos del derecho laboral —en materia de prerrogativas de los sindicatos— o de derecho indígena —en donde la información es necesaria para cumplir de forma adecuada con el derecho que tienen, a partir del Convenio 169 de la OIT, las comunidades indígenas a ser consultadas respecto de toda medida legislativa o administrativa que les afecte—. ³⁸

Dentro de las cuestiones generales en torno al derecho de acceso a la información, además de lo que ya se ha dicho, podrían mencionarse la del tipo de información a la que se puede acceder, la de los órganos encargados de proporcionarla, la de la información que puede ser negada, el procedimiento por medio del cual se pueden cursar las solicitudes, etcétera. Aunque el análisis de algunos de temas es mejor hacerlo a partir de la perspectiva que nos ofrece o bien el derecho comparado o bien la regulación concreta que sobre ellos existe en México, conviene sin embargo hacer unas breves observaciones introductorias.

Por lo que respecta al tipo de información al que se puede tener acceso, hay que decir que normalmente se accede al llamado “dato procesado”, es decir, a la estadística, indicador o documento que ya ha sido tratado por el órgano administrativo y que, en esa virtud, se encuentra en un archivo. Esto no obsta para reconocer que debe preservarse la posibilidad de acceder al “dato bruto”, es decir, al dato que está en poder de la administración pero que no ha recibido ningún tipo de tratamiento; esta forma de acceso es especialmente relevante para ejercer la libertad de investigación.

También es importante permitir el acceso a la información sobre el circuito de circulación de los datos dentro de la administración, es decir, que nos podamos enterar del curso que siguen los documentos y del tratamiento que reciben por cada una de las autoridades que tiene acceso a él.

Finalmente, en algunos casos muy concretos, podremos exigir a la autoridad que genere una información que nos interesa y que no existe como tal en los registros o archivos; esta posibilidad es muy acotada pues debe contar con un respaldo legal o reglamentario, porque de otra manera es posible que la administración pública se distrajera de sus funciones sustantivas al estar dedicada a generar la información que le solicitamos elabore para nosotros.³⁹

³⁷ *Ibidem*, pp. 239-241.

³⁸ Sobre el Convenio 169 y la protección de las comunidades indígenas, *cfr.* el capítulo sexto *infra*.

³⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, pp. 242 y 243.

Una de las cuestiones más importantes sobre el derecho a la información se refiere al tipo de sujetos que están obligados por ese derecho, es decir, los que deben proveer la información que le interesa a los particulares. Aquí las posibilidades son fundamentalmente dos: *a)* o bien que la obligación de proporcionar información corra a cargo exclusivamente de los órganos públicos entendidos en sentido restringido (es decir, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial más los órganos constitucionales autónomos como en México lo son el Instituto Federal Electoral o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos); *b)* o bien que, considerando una perspectiva más amplia, la obligación corra también a cargo de personas físicas o jurídicas que, sin ser propiamente órganos del Estado como los mencionados, desempeñan funciones públicas o funciones de interés público; si se adopta esta segunda perspectiva, como se hace en otros países, entonces estarán obligados a proporcionar información no solamente los poderes públicos sino también las empresas con participación estatal, los particulares que presten servicios públicos, los proveedores de la administración, los prestadores de servicios profesionales que estén al servicio del Estado (despachos de abogados o contadores, peritos, expertos en determinadas materias, etcétera). Cada ordenamiento jurídico elige entre una de las dos opciones anteriores o entre alguna modalidad de las mismas; como veremos más adelante, el legislador federal mexicano fue bastante restrictivo al momento de establecer los sujetos obligados a proporcionar información.

El tema de los sujetos no es menor ni anecdótico, sino que es central para el entendimiento y el funcionamiento práctico del derecho de acceso a la información; hay que tener en cuenta que una parte importante de los recursos públicos es gestionado o aplicado por los particulares a través de un sinfín de formas jurídicas. No son pocos los servicios públicos prestados por particulares; los contratos administrativos tienen elevadas cuantías. La gestión de propiedades inmuebles y muebles de propiedad pública por particulares no es un fenómeno extraño. La pregunta importante entonces, tomando en cuenta lo que se acaba de decir, es si consideramos que el derecho de acceso a la información nos permite tener información *completa y exhaustiva* de todo lo que se hace con el dinero de nuestros impuestos o si nos queremos quedar con una parte de la película sin verla toda. Una u otra opción dependen del tipo de sujetos a los que obliguemos por medio del ordenamiento jurídico a proporcionar información.

Sobre el mismo tema de los sujetos del derecho de acceso surge otra cuestión: ¿los titulares de ese derecho son solamente los particulares o también los propios órganos públicos tienen derecho a solicitar información? Por ejemplo, ¿podría un municipio pedir información a un gobierno estatal para enterarse de

la forma en que se ha gestionado la construcción de una presa ubicada en su territorio? En virtud de las finalidades de transparencia, máxima apertura y rendición de cuentas que persigue el derecho a la información, creo que se debe contestar afirmativamente: también las personas jurídicas de derecho público deben tener derecho a utilizar la legislación de acceso a la información para los fines de solicitar y obtener información que les parezca relevante, sin tener que acreditar para ello ningún tipo de interés legítimo, directo o indirecto. Con ese acceso no solamente se podría lograr más transparencia gubernamental, sino que las autoridades estarían en posibilidad de contar con mayores elementos para ofrecer una buena gestión pública.

Hay algún tipo de servidores públicos para los que la información no solamente es necesaria en términos generales, sino que es una pieza clave para ejercer su tarea. Es el caso de quienes desempeñan funciones parlamentarias (diputados y senadores), pues sin contar con información es muy difícil, si no imposible, que lleven a cabo sus dos principales tareas: la de crear leyes y la de ejercer el control político sobre el gobierno. El acceso a la información por parte de los parlamentarios ha suscitado, por ejemplo, varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, que ha relacionado dicho acceso con el derecho fundamental de participación política y con la posibilidad de desempeñar el cargo parlamentario tal como lo marca la ley.⁴⁰ Para hacer posible esta vertiente del derecho de acceso (cualificado en función del sujeto titular del mismo) debe ser el propio legislador el que, ya sea en las normas generales sobre acceso o en las normas específicas que regulan la estructura y funcionamiento del Poder Legislativo, regule con detalle su alcance y las vías para hacerlo exigible.

Todas las cuestiones generales a las que se ha hecho referencia y otras que serán objeto de estudio en los apartados sucesivos, tienen mucho interés para el derecho de acceso a la información en cualquier contexto; pero en el caso mexicano tienen un interés añadido, ya que el texto constitucional es sumamente escueto al momento de contemplar el derecho a la información, razón por la cual el legislador se puede mover en un amplio registro de opciones al detallar ese derecho en la legislación ordinaria. Si no tenemos claras estas cuestiones generales no contaremos con los elementos necesarios para evaluar la corrección constitucional de una determinada ley o reglamento de acceso a la información.

⁴⁰ Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., p. 336.

B. La regulación en México

La regulación del derecho a la información en México tiene tres momentos estelares o destacados. El primero es en 1977, cuando dentro del paquete de modificaciones constitucionales en que se tradujo la llamada “reforma política” de ese año, se introduce una frase en la parte final del artículo 6o. de la carta fundamental para señalar que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

El segundo momento importante se da en 2002, cuando con un retraso de *solo* 25 años el Poder Legislativo decide —gracias a la presión de la opinión pública y en concreto de un grupo de académicos y periodistas que conformaron el “Grupo Oaxaca”— regular legislativamente el derecho de acceso a la información, emitiendo en consecuencia la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LTG, en lo sucesivo).

Finalmente, el tercer momento relevante se produce en 2003, cuando al entrar en vigor de forma completa la LTG, se instala el órgano encargado de su aplicación en el ámbito administrativo (el Instituto Federal de Acceso a la Información, IFAI), se dictan los acuerdos y reglamentos de los poderes Judicial y Legislativo, así como de los órganos constitucionales autónomos (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Banco de México, Instituto Federal Electoral y Tribunales Agrarios), y los ciudadanos comienzan a cursar sus peticiones de información conforme a lo que disponen dichos instrumentos jurídicos.

Paralelamente a la puesta en funcionamiento de la LTG, un número importante de entidades federativas comienza a dictar sus propias leyes locales de acceso a la información, siguiendo en su mayor parte el modelo de la legislación federal.⁴¹

Sobra decir que la escueta mención de la parte final del artículo 6o. constitucional hace del “derecho a la información” un derecho de contenido indeterminado, aunque no indeterminable. Deberán ser los tribunales los que vayan definiendo en última instancia el núcleo esencial del precepto mencionado, partiendo de la idea de que la breve mención del texto constitucional no supone una licencia para que el legislador o los demás poderes y órganos públicos puedan dictar las normas de desarrollo que les parezcan, sin estar sujetos a ningún tipo de control. Es decir, de la brevedad y vaguedad de la última frase del artículo 6o. no puede concluirse que todas las regulaciones que lo desarrollen son, sin más, apegadas a la Constitución. Seguramente se darán casos en los

⁴¹ Varias de ellas están recogidas en Villanueva, Ernesto (comp.), *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, cit., pp. 243 y ss.

que la regulación no solamente no desarrollará adecuadamente el derecho a la información, sino que será un obstáculo para su realización práctica; en ese supuesto, se tendrá que ir construyendo una serie de parámetros argumentativos que permitan discernir en qué casos la normativa está de acuerdo con el texto constitucional y en qué otros lo vulnera.

Vamos a examinar a continuación algunos aspectos jurídicos relacionados con el desarrollo legislativo del artículo 6o. constitucional.

a. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

El principal ordenamiento de desarrollo del derecho de acceso a la información es la LTG, a partir de la cual se emiten el resto de disposiciones federales en la materia.⁴² Ya se ha hecho referencia al origen de la Ley, de forma que en este momento nos centraremos solamente en su contenido.

Los ejes centrales a través de los cuales se articula la Ley son los siguientes:⁴³

A) La Ley ordena que una serie de informaciones muy relevantes para el funcionamiento de los poderes públicos sean puestos a disposición de los interesados de oficio por las propias autoridades, que deberán asegurarse de que sean consultables por medios remotos o electrónicos. Se trata de las llamadas por la ley “Obligaciones de transparencia” que están determinadas en su artículo 7o.

B) El resto de la información podrá ser solicitada por los interesados. Para tal efecto, la Ley establece un procedimiento que se puede llevar a cabo ante las autoridades obligadas por la Ley y que, cuando concluya con una resolución negativa para la pretensión del solicitante, puede ser impugnado ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) si es que se trata de información del Poder Ejecutivo federal (artículos 28 a 32, 37 fracción II y 49 a 60 de la LTG), o ante los órganos que se señalen por la normatividad correspondiente tratándose de las demás autoridades a las que en seguida haremos referencia (artículo 61).

⁴² El texto de la LTG y, en general, del conjunto de la normatividad mexicana sobre el derecho de acceso a la información, puede consultarse en Carbonell, Miguel (comp.), *Derecho a la información. Legislación básica*, Porrúa, 2003.

⁴³ Una muy buena síntesis del contenido de la LTG puede verse en López-Ayllón, Sergio, “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 283 y ss.

Para atender las peticiones de información de los particulares y desarrollar el procedimiento que señala la Ley, se establecen por la propia LTG dos niveles primarios de órganos administrativos y un órgano supervisor. Los dos primeros son las unidades de enlace que, para decirlo muy llanamente, son las ventanillas ante las que se presentan las solicitudes de acceso a la información, y los comités de información, cuya función principal es ordenar al interior de cada órgano público obligado por la Ley las cuestiones más relevantes que derivan de la LTG (por ejemplo ordenar los criterios para clasificar información, decidir sobre la negativa a proporcionar una información solicitada, comprobar que una información no existe en los archivos de la dependencia, etcétera). Las unidades de enlace y los comités de información deben existir en todos los órganos a los que la Ley obliga, no solamente dentro de las dependencias del Poder Ejecutivo federal. El órgano externo que tiene competencia solamente respecto a las autoridades de la administración pública federal es el IFAI, que se integra por cinco comisionados, nombrados por el Presidente de la República (el Senado puede objetar el nombramiento) y que duran en su cargo siete años.

C) La regla general es que toda la información gubernamental es pública, salvo aquella que la Ley define como información reservada o confidencial. La información reservada es aquella que no puede ser conocida de inmediato, pero a la que podrá accederse cuando haya transcurrido un cierto tiempo desde que fue creada o desde que fue clasificada como reservada. El plazo que establece la Ley es de 12 años según el artículo 15 de la LTG. La información confidencial es aquella a la que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia imputable a la autoridad puede darse a conocer. La definición de qué es información reservada se encuentra en los artículos 13 y 14 de la LTG. La definición de qué es información confidencial se encuentra en el artículo 18 de la LTG.

Los artículos señalados utilizan términos bastante ambiguos para considerar que cierta información es reservada o confidencial. Por ejemplo, la LTG señala que es información reservada la que pueda dañar la estabilidad económica del país o la que pueda menoscabar la conducción de las relaciones internacionales; ¿cómo apreciar si ese daño o ese menoscabo puede ser producido o no por cierta información? ¿no limita en exceso la LTG el sentido y alcances que le debemos dar a la parte final del artículo 6 constitucional?

De todas formas, es importante tomar en cuenta que no basta que una información se refiera a las materias señaladas por los artículos 13, 14 y 18 de la LTG para que no se pueda dar a conocer, sino que, como señala López-Ayllón,

para que opere la reserva... es necesario que exista además un elemento de daño actual o potencial que permita afirmar que su divulgación podría afectar gravemente una de las funciones del Estado o bien poner en peligro la integridad física de una

persona. No se trata pues de una reserva indiscriminada, sino que deberá estar fundada en la Ley y motivada en una razón que podrá ser objeto de valoración por las instancias que correspondan.⁴⁴

D) Los sujetos que están obligados por la Ley son el Poder Ejecutivo federal, la administración pública federal, la Procuraduría General de la República, el Poder Legislativo federal (incluyendo las dos cámaras del Congreso, la Comisión Permanente y cualquiera de sus demás órganos), el Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal, los órganos constitucionales autónomos (definidos por la fracción IX del artículo 3 de la LTG), los tribunales administrativos federales y cualquier otro órgano federal (artículo 3o., fracción XIV de la LTG).

E) La Ley contempla un régimen jurídico especial para la información de los partidos políticos. Aunque como tales no son sujetos de la Ley, el artículo 11 precisa que

Los informes que presenten los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales al Instituto Federal Electoral, así como las auditorías y verificaciones que ordene la Comisión de Fiscalización de los Recursos Públicos de los Partidos y Agrupaciones Políticas, deberán hacerse públicos al concluir el procedimiento de fiscalización respectivo. Cualquier ciudadano podrá solicitar al Instituto Federal Electoral, la información relativa al uso de recursos públicos que reciban los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales.

Con este artículo se puede tener acceso a la información sobre el uso que los partidos políticos hacen de los recursos públicos que se les entregan para el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con el artículo 41 constitucional.

F) Para solicitar cualquier información no se tiene que acreditar ningún tipo de personalidad jurídica o interés legítimo. Basta con que se pida para que las autoridades deban contestar afirmativamente a la solicitud presentada, a menos que se esté en alguno de los casos de excepción que establece la Ley (información confidencial o reservada) o bien si la información que se pide no existe. El último párrafo del artículo 40 de la LTG establece con claridad que “En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno”.

G) De acuerdo con el artículo 44 de la LTG, las autoridades deben responder a toda solicitud de acceso a la información en un plazo de 20 días hábiles, que puede ser extendido de forma motivada y fundada hasta por otros veinte. En

⁴⁴ *Ibidem*, p. 293.

ese plazo las autoridades deben hacer del conocimiento del solicitante que la información existe y, si es el caso, que está disponible por no ser información confidencial o reservada. También deberán comunicarle el costo que tendrá que cubrir para el gasto de fotocopias o soporte magnético en el que le darán la información (el asunto de las cuotas de acceso está regulado en el artículo 27 de la LTG). Luego de esa comunicación y previo pago de la cuota correspondiente por parte del solicitante, la autoridad cuenta con un plazo de diez días hábiles para entregarla o ponerla a disposición de aquél. Algunos autores pronostican que los plazos señalados no se cumplirán cabalmente durante los primeros años de funcionamiento de la LTG, “dada la falta de orden en los archivos administrativos en México, la complejidad de la información y la falta de experiencia en la gestión de este tipo de solicitudes”.⁴⁵

b. El derecho de acceso y el Poder Judicial federal

El acceso a la información generada por el Poder Judicial tiene mucha importancia, por varias razones. En primer lugar porque el sistema de rendición de cuentas de jueces, magistrados y ministros no es tan claro (por la forma en que desempeñan sus tareas) como en los demás poderes. No digo que sea mejor o peor, sino simplemente que en la medida en que cada juzgador ejerce la tarea que tiene encomendada de forma independiente, es más difícil conocer cómo se está desempeñando. En segundo lugar, el acceso a la información generada desde los tribunales está sujeto a mayores “tensiones” con otros bienes de rango constitucional, como el derecho a la intimidad, la libertad de información y la libertad de expresión.

En la actualidad, los medios de comunicación pueden ejercer importantes (y no siempre positivas) presiones sobre los jueces, en forma de “juicios paralelos”, “telejuicios” y otros fenómenos típicos del universo mediático contemporáneo (y en particular de la manera de informar de la televisión, que tiende a simplificar la explicación de los problemas).⁴⁶

Por todas estas razones, se hace necesaria una regulación específica del acceso a la información judicial. Dicha regulación, sin embargo, no debe perder de vista su objetivo esencial: permitir el acceso a la información generada por los órganos judiciales. Esa debe ser la regla y cualquier excepción deberá ser cuidadosamente justificada. Tiene razón Ernesto Villanueva cuando afirma que “el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado con mayores índices de

⁴⁵ *Ibidem*, p. 291.

⁴⁶ Para una primera aproximación a estos problemas, Gavalda, J., Bernardo, J. M. y Pellisser, N. (eds.), *Justicia y representación mediática*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.

opacidad en México y, por consecuencia, donde menos ha permeado el sentido de por qué debe haber transparencia y para qué... la cultura del secreto sigue siendo en buena medida parte de la vida de los juzgadores mexicanos”.⁴⁷

En el caso del Poder Judicial federal, por mandato del artículo 61 de la LTG, fueron dictados varios acuerdos generales en los que se reguló el acceso a la información producida por los órganos jurisdiccionales. Posteriormente fue expedido el “Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental” (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de abril de 2004).

Recordemos que la LTG hace referencia al Poder Judicial Federal en el artículo 80., que dispone lo siguiente: “El Poder Judicial de la Federación deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales”. El artículo 13 de la LTG también contiene una referencia al Poder Judicial Federal, sin mencionarlo, cuando considera como información reservada la que pueda causar un “serio perjuicio” a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, a la impartición de justicia o a las estrategias procesales en procesos judiciales mientras las resoluciones no causen estado. El artículo 14 considera también como información reservada la que obre en los expedientes judiciales en tanto no hayan causado estado.

Los acuerdos dictados originalmente por la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura Federal fueron bastante restrictivos.⁴⁸ Por ejemplo, se disponía que los expedientes en materia penal y familiar constituirían información reservada, y por tanto no podían ser consultados durante doce años, contados a partir de la conclusión de los asuntos respectivos. También se disponía que los expedientes que hubieran sido concluidos antes de la entrada en vigor de la Ley Federal de Transparencia, en las mismas materias, no podrían ser consultados durante 36 años; desde luego, la determinación de este plazo no tenía ninguna base legal y fue objeto de severas críticas por parte de la opinión pública.

Cabe recordar que el negar acceso a la información derivada de un juicio penal es un criterio contrario al que existe en muchos países democráticos y parece más bien un rasgo propio de los Estados autoritarios. En Estados Unidos la

⁴⁷ Villanueva, Ernesto, “Derecho de acceso a la información en el poder judicial. Una aproximación del caso mexicano desde la perspectiva comparada”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 208-209.

⁴⁸ Para un primer análisis de tales acuerdos, *cfr.* Carbonell, Miguel, “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 189-199.

Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que los juicios penales deben ser públicos para garantizar un efectivo ejercicio de la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda de su Constitución.⁴⁹

La Corte estadounidense ha sostenido la pertinencia de restringir el acceso a la información en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en delitos de carácter sexual esté prestando testimonio,⁵⁰ lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño. Hay casos en que ciertos intereses pueden estar por encima del interés por la información producida en una sala judicial, pero deben ser la excepción y no la regla. La Corte en el caso *Richmond* ha reconocido que en materia penal debe privar una “presunción de apertura” y que las excepciones deben ser cuidadosamente justificadas.

Dejando a un lado el tema del acceso a la información que se genera desde el propio Poder Judicial, lo cierto es que a nuestros jueces les incumbe una tarea muy importante para garantizar el derecho a la información; me refiero a la que se desarrolla a través de los mecanismos de control de constitucionalidad que establece la propia carta magna.

El control de constitucionalidad en relación con el derecho a la información se va a desarrollar sobre varios niveles, entre los que se encuentran al menos los siguientes:

A) El Poder Judicial federal podrá conocer de los amparos indirectos que se promuevan en contra del órgano administrativo creado por la LTG encargado de resolver de forma definitiva los recursos que se interpongan en contra de los actos de otras autoridades administrativas. Como ya vimos, el conocimiento de esos recursos corresponde al IFAI, de acuerdo con el artículo 37 fracción II de la LTG; la propia Ley establece en su artículo 59 párrafo primero que “Las resoluciones del Instituto serán definitivas para las dependencias y entidades. Los particulares podrán impugnarlas ante el Poder Judicial de la Federación”. El medio adecuado para hacerlo es, justamente, el juicio de amparo indirecto.

B) El Poder Judicial federal podrá conocer por varias vías de la constitucionalidad de los acuerdos generales que los órganos señalados por el artículo 61

⁴⁹ Se trata del importante caso *Richmond Newspaper Inc. Vs. Virginia*, 448 U.S. 555. Un buen panorama del tema de la apertura judicial en Estados Unidos puede verse, por ejemplo, en Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, 6a. ed., St. Paul, West Group, 2000, pp. 1128 y ss. Una perspectiva distinta, que parte de un sistema jurídico parecido al mexicano, puede verse en Gavaldá, J. y otros (eds.), *Justicia y representación mediática*, cit. Sobre el mismo tema ver la sección monográfica que figura en la parte inicial del núm. 2 de *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, julio-diciembre de 2003 (especialmente los ensayos de Ernesto Villanueva y Miguel Julio Rodríguez Villafañe).

⁵⁰ En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, 457 U.S. 596.

de la LTG hayan dictado para garantizar el acceso a la información. Aunque dichos acuerdos y reglamentos están asistidos por una presunción de constitucionalidad, esto no quiere decir que no puedan ser impugnados por los particulares o incluso por algún otro órgano del poder público (por ejemplo a través de una controversia constitucional). Habrá que ir viendo si todos esos acuerdos se apegan tanto a lo que dispone la propia LTG, como a lo que significa el derecho a la información del artículo 6o. constitucional.

C) El Poder Judicial federal podrá conocer de la constitucionalidad de las leyes de acceso a la información, tanto de la federal como de las que ya han sido dictadas o de las que se dicten en el futuro en el ámbito de las entidades federativas. Aunque la regulación de la parte final del artículo 6o. constitucional es muy escueta (“El derecho a la información será garantizado por el Estado”) y consagra un derecho de forma indeterminada, eso no significa que el legislador pueda entender el contenido de ese derecho como mejor le parezca;⁵¹ tanto el derecho comparado como el derecho internacional de los derechos humanos suministran una serie de elementos para ir dotando de contenido al derecho indeterminado que se encuentra en el artículo 6o. Intuyo que algunas leyes estatales de acceso a la información e incluso alguna parte de la LTG pudieran ser declaradas inconstitucionales si los jueces federales entendieran al derecho a la información como un derecho dotado de diversos contenidos sustantivos y aplicaran estándares hermenéuticos modernos en su análisis (razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, escrutinio estricto, etcétera).

Una modalidad interesante del derecho a la información, que será estudiada dentro de este mismo capítulo en el apartado referido a las formalidades esenciales del procedimiento, es la que se refiere al derecho a la información sobre asistencia consular, que ha sido objeto de una importante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. *Algunos criterios jurisprudenciales sobre derecho a la información*

La jurisprudencia mexicana sobre el derecho a la información ha demostrado las limitaciones que tiene la jurisdicción constitucional al intentar construir un derecho fundamental que, en buena medida, lo que requiere en primer lugar es un detallado tratamiento legislativo. Una tesis especialmente torpe sostuvo lo siguiente:

⁵¹ Sobre los contenidos constitucionales indeterminados, Iglesias, Marisa, “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 443 y ss.

INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 60. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La adición al artículo 60. constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de las que se desprende que: a) *Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada “Reforma Política”, y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos.* b) *Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria;* y c) *Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información.* Ahora bien, respecto del último inciso no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; pero *tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea en favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente.* Amparo en revisión 10556/83. Ignacio Burgoa Orihuela. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E., octava época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, agosto de 1992, p. 44.

Esta tesis tuvo el doble efecto de: *a)* rebajar la supremacía constitucional a los deseos y actividades del legislador, desconociendo el concepto de “contenido esencial” de los derechos, que le hubiera permitido a la Suprema Corte desprender del puro texto constitucional diversas consecuencias y prerrogativas directamente aplicables, y *b)* disolver el contenido normativo del derecho al considerarlo más una garantía social que un verdadero derecho fundamental. La consecuencia de este criterio fue que, a partir de su emisión, han sido muy escasas las demandas de amparo que se han promovido para hacer valer el derecho a la información.

Para corregir en parte la tesis que se acaba de transcribir, la Suprema Corte ha dictado el siguiente criterio:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 60. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN

DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE. Inicialmente, la Suprema Corte estableció que el derecho a la información instituido en el último párrafo del artículo 6o. constitucional, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 1977, estaba limitado por la iniciativa de reformas y los dictámenes legislativos correspondientes, a constituir, solamente, una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de esa época, que obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones, a través de los medios masivos de comunicación (*Semanario Judicial de la Federación*, octava época, 2a. sala, tomo X, agosto 1992, p. 44). Posteriormente, en resolución cuya tesis LXXXIX/96 aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo III, junio 1996, p. 513, este Tribunal Pleno amplió los alcances de la referida garantía al establecer que el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional. A través de otros casos, resueltos tanto en la segunda sala (AR. 2137/93, fallado el 10 de enero de 1997), como en el pleno (AR. 3137/98, fallado el 2 de diciembre de 1999), *la Suprema Corte ha ampliado la comprensión de ese derecho entendiéndolo, también, como garantía individual, limitada como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero*. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLV/2000, p. 72.

La segunda tesis a la que se hace referencia en el criterio recién transcrito y que se refiere a la ilicitud de que las autoridades transmitan informaciones manipuladas, incompletas o falsas, es la siguiente:

GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL. El artículo 6o. constitucional, *in fine*, establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante estas actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le

vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional, segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados. Solicitud 3/96. Petición del presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución federal. 23 de abril de 1996. Unanimidad de once votos. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, tesis P. LXXXIX/96, p. 513.

Uno de los avances más significativos de la LTG es que puso en claro que el derecho a la información permite que cualquier ciudadano tenga acceso —como regla general— a toda la información pública, con independencia de que pueda acreditar algún tipo de interés en esa información o de que tenga algún título jurídico que le permita acceder a ella. En efecto, como ya vimos, el artículo 40 último párrafo de la Ley dispone que “En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno”. Con esta disposición se comienza a dejar atrás una cultura del secreto que había caracterizado por décadas al aparato público en México y que incluso estaba legitimada por la jurisprudencia, por ejemplo en la siguiente tesis:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ARTÍCULO 112, FRACCIÓN VII, DE LA LEY ORGÁNICA MUNICIPAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, NO LO VIOLA POR LIMITAR LA EXPEDICIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS DE DOCUMENTOS Y CONSTANCIAS DE ARCHIVO, ASÍ COMO DE ACUERDOS ASENTADOS EN LOS LIBROS DE ACTAS DE LOS AYUNTAMIENTOS, SÓLO A LAS PERSONAS QUE TENGAN INTERÉS LEGÍTIMO Y SIEMPRE QUE NO SE PERJUDIQUE EL INTERÉS PÚBLICO. El artículo 112, fracción VII, de la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato, establece que las copias certificadas de documentos y constancias de archivo, así como de los acuerdos asentados en los libros de actas de las sesiones de los ayuntamientos del estado de Guanajuato, sólo se expedirán cuando el solicitante acredite tener un interés legítimo y siempre que no se perjudique el interés público. Por otra parte, del análisis de los artículos 55, 59, 65 y 69 de dicha Ley Orgánica se advierte que el resultado de las sesiones de los ayuntamientos, plasmado en los libros o folios de actas de esos órganos de gobierno y administración de los municipios, involucra la discusión y resolución de intereses de diversa índole (municipal, estatal, nacional, social y particular), por lo que su difusión no puede ser indiscriminada o general, ni obedecer a la simple curiosidad del

ciudadano, sino a un interés que legitime o relacione al solicitante con la información deseada y que la difusión de ésta, aun en ámbitos tan reducidos, no perjudique el interés público. Por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 112, fracción VII, de la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato, no viola el artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las limitaciones contenidas en dicho precepto encuentran su justificación en la naturaleza de la información solicitada, la que por derivar de los entes públicos referidos, no es dable difundir en todos sus renglones, como se dijo, de manera masiva y sin discriminación alguna, ya que ello atentaría, en algunos casos, en contra de intereses públicos y privados. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. LXI/2000, p. 71.

El razonamiento que la Corte introduce en la tesis que se acaba de transcribir es muy curioso y refleja una forma de argumentación y de interpretación de los derechos fundamentales que ha estado muy presente en nuestra historia constitucional. Podríamos decir que la Corte hace, en esta tesis y en otras, “interpretaciones metafísicas”, ya que se refiere a objetos desconocidos que nunca se atreve a identificar, ni lo intenta siquiera. En efecto, la Corte señala en la tesis anterior que la Ley de Guanajuato no viola el artículo 60. constitucional puesto que las limitaciones que establece “encuentran su justificación en la naturaleza de la información solicitada” (ya que proviene de “entes públicos”) y si se diera a conocer “sin discriminación alguna” se atentaría contra “intereses públicos y privados”. Es decir, la Corte entendía que era justamente la información que proviene de los órganos públicos la que no se podía dar a conocer (dada su “naturaleza”), entonces ¿cuál es la información a la que se refiere el artículo 60. constitucional?, ¿acaso puede ser la información privada? Por otro lado, ¿contra qué intereses se atenta —tanto públicos como privados— al dar a conocer información de “entes públicos”?

De nuevo hay que recordar que los derechos fundamentales, si en verdad son tales, no pueden verse limitados por “intereses” de ningún tipo, ni públicos ni privados, a menos que así esté establecido por la Constitución o pueda derivarse de una protección a otro derecho fundamental. Me parece que lo que no cabe hacer bajo ningún concepto es señalar que hay “intereses”, sin identificar cuáles sean, que limitan derechos fundamentales. Eso es muy sospechoso (puesto que ya sabemos qué tipo de “intereses” se han protegido históricamente con el secreto en nuestro país: los más corruptos, los que han generado espectaculares enriquecimientos de funcionarios públicos y han provocado severas crisis económicas) y además demuestra poco rigor jurídico.

Otro criterio jurisprudencial sobre el tema es el siguiente:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6o., 7o. Y 24 CONSTITUCIONALES. El derecho a la información tiene como límites el decoro, el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación, pues el artículo 6o. otorga a toda persona el derecho de manifestar libremente sus ideas y prohíbe a los gobernantes que sometan dicha manifestación a inquisición judicial o administrativa, salvo que ataquen la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público. Así, la manifestación de las ideas se encuentra consagrada como uno de los derechos públicos individuales fundamentales que reconoce la Constitución, oponible por todo individuo, con independencia de su labor profesional, al Estado, y los artículos 7o. y 24 de la propia carta fundamental se refieren a aspectos concretos del ejercicio del derecho a manifestar libremente las ideas. El primero, porque declara inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia y, el segundo, porque garantiza la libertad de creencias religiosas. Así, el Constituyente originario al consagrar la libertad de expresión como una garantía individual, reconoció la necesidad de que el hombre pueda y deba, siempre, tener libertad para apreciar las cosas y crear intelectualmente, y expresarlo, aunque con ello contraría otras formas de pensamiento; de ahí que sea un derecho oponible al Estado, a toda autoridad y, por ende, es un derecho que por su propia naturaleza debe subsistir en todo régimen de derecho. En efecto, la historia escrita recoge antecedentes de declaraciones sobre las libertades del hombre, y precisa que hasta el siglo XVIII, se pueden citar documentos sobre esa materia. No hay duda histórica sobre dos documentos básicos para las definiciones de derechos fundamentales del hombre y su garantía frente al Estado. El primero es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución francesa, la cual se mantiene viva y vigente como texto legal por la remisión que hace el preámbulo de la Constitución de Francia de fecha veinticuatro de diciembre de mil setecientos noventa y nueve. El segundo, es la Constitución de los Estados Unidos de América, de diecisiete de septiembre de mil setecientos ochenta y siete. En la historia constitucional mexicana, que recibe influencia de las ideas políticas y liberales de quienes impulsaron la Revolución francesa, así como contribuciones de diversas tendencias ideológicas enraizadas en las luchas entre conservadores y liberales que caracterizaron el siglo XIX, tenemos que se hicieron y entraron en vigor diversos cuerpos constitucionales, pero en todos ellos siempre ha aparecido una parte dogmática que reconoce derechos inherentes al hombre, y que ha contenido tanto la libertad de expresión como la libertad de imprenta. Por otra parte, los antecedentes legislativos relacionados con la reforma y adición a la Constitución de mil novecientos diecisiete, en relación al artículo 6o. antes precisado, tales como la iniciativa de ley, el dictamen de la comisión que al efecto se designó, y las discusiones y el proyecto de declaratoria correspondientes, publicados, respectivamente, en los diarios de los debates de los días seis, veinte de octubre y primero de diciembre, todos de mil novecientos setenta y siete, ponen de relieve que el propósito de las reformas fue el de preservar el derecho de todos respecto a las actividades que regula. Esta reforma recogió distintas corrientes preocupadas por ase-

gurar a la sociedad una obtención de información oportuna, objetiva y plural, por parte de los grandes medios masivos de comunicación. Conforme a la evolución del artículo 6o. constitucional vigente y comparado con lo que al respecto se ha regulado en otros países, se concluye que a lo largo de la historia constitucional, quienes han tenido el depósito de la soberanía popular para legislar, se han preocupado por que existiera una norma suprema que reconociera el derecho del hombre a externar sus ideas, con limitaciones específicas tendentes a equilibrar el derecho del individuo frente a terceros y la sociedad, puesto que en ejercicio de ese derecho no debe menoscabar la moral, los derechos de tercero, que implica el honor, la dignidad y el derecho a la intimidad de éste, en su familia y decoro; así como tampoco puede, en ejercicio de ese derecho, provocar algún delito o perturbar el orden público. Asimismo, ese derecho del individuo, con la adición al contenido original del artículo 6o., quedó también equilibrado con el derecho que tiene la sociedad a estar veraz y objetivamente informada, para evitar que haya manipulación. Así, el Estado asume la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad a través de los grandes medios masivos de comunicación, refleje la realidad y tenga un contenido que permita y coadyuve al acceso a la cultura en general, para que el pueblo pueda recibir en forma fácil y rápida conocimientos en el arte, la literatura, en las ciencias y en la política. Ello permitirá una participación informada para la solución de los grandes problemas nacionales, y evitará que se deforme el contenido de los hechos que pueden incidir en la formación de opinión. Luego, en el contenido actual del artículo 6o., se consagra la libertad de expresarse, la cual es consustancial al hombre, y que impide al Estado imponer sanciones por el solo hecho de expresar las ideas. Pero correlativamente, esa opinión tiene límites de cuya transgresión derivan consecuencias jurídicas. Tales límites son que la opinión no debe atacar la moral, esto es, las ideas que se exterioricen no deben tender a destruir el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona; tampoco debe dañar los derechos de tercero, ni incitar a la provocación de un delito o a la perturbación del orden público. De modo que la Constitución de mil novecientos diecisiete estableció una obligación por parte del Estado de abstenerse de actuar en contra de quien se expresa libremente, salvo que en el ejercicio de ese derecho se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, tesis I.3o.C.244 C, p. 1309.

La tesis que se acaba de transcribir es muy curiosa. En general demuestra un mayor nivel argumentativo que algunas de las anteriores, aunque vuelve a caer en el error de inventar límites a los derechos, cuando en su primera parte se refiere a la “circunspección” o el “recato” como límites del derecho a la información. No dejan de ser curiosas las referencias de carácter histórico al citar a la

Declaración francesa de 1789 y a la Constitución de los Estados Unidos de 1787. No son citas que se acostumbren hacer en nuestra jurisprudencia, por lo que habría que felicitar al ponente de la misma.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL NO LO VIOLA AL ESTABLECER LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS, DATOS E INFORMES PROPORCIONADOS AL INSTITUTO RELATIVO, YA QUE PERMITE PROPORCIONARLOS PARA JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS LEGALES. El precepto mencionado establece que los documentos, datos e informes que los trabajadores, patrones y demás personas proporcionen al Instituto Mexicano del Seguro Social, en cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley relativa, son estrictamente confidenciales y no pueden comunicarse o darse a conocer en forma nominativa e individual, salvo cuando se trate de juicios y procedimientos en los que dicho Instituto sea parte y en los casos previstos por la Ley. Por tanto, si dicha confidencialidad tiene por objeto evitar que la información se conozca indiscriminadamente, pero se permite proporcionarla para juicios y procedimientos legales, indudablemente se trata de una restricción que no viola el derecho a la información. Amparo en revisión 3008/98. Ana Laura Sánchez Montiel. 7 de marzo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLVII/2000, p. 72.

Esta tesis anticipa de alguna forma la regulación que hace la LTG sobre el carácter confidencial de los datos personales; en el caso concreto, se trata de los datos que las personas entregan al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). En efecto, tales datos —que muchas veces pueden ser de carácter médico— deben ser confidenciales, para el efecto de preservar el derecho a la intimidad de los interesados. Sin embargo, no se aplica la misma regla al resto de la información que, sin referirse a los datos personales, obre en poder el propio IMSS, la cual debe ser pública como lo es la del resto órganos de la Federación.

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y GARANTÍA DE AUDIENCIA. LOS ARTÍCULOS 48 DE LA LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y 104 DE SU REGLAMENTO INTERNO, NO LOS VIOLAN PORQUE AUN CUANDO ESTABLECEN COMO FACULTAD DISCRECIONAL LA EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS Y COPIAS, NO LA PROHÍBEN. Los preceptos mencionados establecen, en esencia, que dicha Comisión no está obligada a entregar ninguna de sus pruebas a la autoridad a la cual dirigió una recomendación, y tampoco a particulares, pero agrega que si dichos elementos le son solicitados, ella decidirá, discrecionalmente, si los entrega o no. Por tanto, si las disposiciones mencionadas no prohíben la entrega de pruebas, documentos o copias a los particulares, sino que al respecto otorgan una facultad discrecional a la Comi-

sión, cabe concluir que no violan el derecho a la información ni, concomitantemente, la garantía de audiencia. Amparo en revisión 2099/99. Evangelina Vázquez Curiel. 7 de marzo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLVI/2000, p. 74.

En esta tesis, de nuevo, la Corte acude a un razonamiento muy torpe para dar legitimidad constitucional a la Ley de la CNDH. Bastaría con que hubiera hecho referencia a la disposición de esa Ley que establece que toda la información que obre en un expediente de queja es de carácter confidencial (artículo 4o.), para llegar a lo mismo. Intentar justificar un límite al derecho a la información sosteniendo que ese derecho no se viola cuando la propia Ley deja a criterio de la autoridad el entregar o no una información no tiene sentido y, en un momento dado, nos podría llevar a desapoderar a los particulares del derecho a la información y convertirlo en un derecho de la autoridad, puesto que ella podría decidir discrecionalmente cuándo entregar información y cuándo no hacerlo, sin violar de esa manera el artículo 6o. constitucional. Desde luego, se trata de una forma de razonar inadmisibles, que la LTG afortunadamente ha venido a corregir.

4. *Protección de datos personales*

Como consecuencia del derecho a la información y como una específica manifestación del derecho a la intimidad en su vertiente de “derecho a la autodeterminación informativa”,⁵² 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. 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.

⁵² Ver, al respecto, lo que ya se dijo en el capítulo tercero de este libro en relación con el derecho a la intimidad y sus contenidos.

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística.⁵³

En México, la disposición de la parte final del artículo 6o. constitucional que establece el derecho a la información es, como ya se ha visto, muy escueta. De hecho, no hay ninguna mención a los datos personales en el texto de la carta magna, pero sí en la LTG, que dedica varios artículos al tema.⁵⁴

Para empezar, la LTG define a los datos personales como “La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad” (artículo 3o., fracción II). La ley considera que los datos personales constituyen información “confidencial” y que, en consecuencia, nunca pueden ser dados a conocer por las autoridades u órganos públicos (artículo 18, fracción II).

La LTG describe varias obligaciones de los servidores públicos en relación con los datos personales; este tipo de datos solamente se podrán solicitar por un funcionario cuando sean estrictamente necesarios para la labor que se desarrolla (artículo 20, fracción II de la LTG); esto significa que ningún funcionario puede requerir de un particular o de otro funcionario datos personales si no es con base en alguna norma jurídica que se lo autorice expresa y claramente; pero no basta cualquier regulación normativa para acceder a datos personales, ya que la norma que permita ese acceso será inconstitucional e ilegal si no acredita su razonabilidad y proporcionalidad en razón de su objeto, ya que puede suponer un potencial peligro para un derecho fundamental como el derecho a la intimidad en su vertiente de “autodeterminación informativa”. En otras palabras, solamente se podrán pedir datos personales cuando así lo autorice una norma jurídica y siempre que sea indispensable para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo.

Los particulares cuyos datos personales consten en alguna base de datos en poder de cualquier órgano público pueden solicitar a la unidad de enlace respectiva que se los proporcione, en los términos del artículo 24 de la LTG. También podrán solicitar la modificación de esos datos (artículo 25, LTG). La Ley

⁵³ Ver también el artículo 5o., fracción LXXII de la Constitución brasileña.

⁵⁴ La protección de datos personales en la LTG es analizada por López-Ayllón, Sergio, “Derecho a la información (actualización)”, *cit.*, pp. 295 y 296.

no prevé, como sí lo hacen otras legislaciones, la posibilidad de solicitar la cancelación de datos que estén en poder de los órganos públicos.

En otros países la protección de datos ha llevado a la creación de recursos procesales denominados *habeas data*, que tienen varias funciones, pues permiten tanto solicitar a las autoridades información sobre los datos con que cuentan del propio solicitante, como pedir su modificación o cancelación; en algunos países la legislación sobre *habeas data* abarca también el uso de las bases de datos que están en poder de los particulares, sobre todo para efecto de que no puedan ser comercializados datos personales sin el consentimiento de los afectados.⁵⁵

III. DERECHO DE PETICIÓN (ARTÍCULO 8o.)

El artículo 8o. de la Constitución mexicana contiene el llamado derecho de petición. Este derecho corresponde a todos los habitantes de la República, pero se encuentra limitado para los extranjeros, que no podrán ejercerlo en materia política. El texto del artículo 8o. es el siguiente:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

También el artículo 35 constitucional menciona al derecho de petición, entendiéndolo, sin embargo, de forma más restringida que el artículo 8, como una prerrogativa del ciudadano.⁵⁶

⁵⁵ Para una primera aproximación al tema, Muñoz de Alba, Marcia, “*Habeas data*”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 287 y ss.

⁵⁶ Artículo 35: “Son prerrogativas del ciudadano: V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición”.

1. *Cuestiones generales*

El derecho de petición se ha entendido tradicionalmente de dos distintas maneras:⁵⁷ *a)* como un derecho fundamental de participación política, en tanto que permite a los particulares trasladar a las autoridades sus inquietudes, quejas, sugerencias y requerimientos en cualquier materia o asunto (quizá por eso la Constitución mexicana lo contempla tanto en el artículo 8o. como en el 35, junto con los demás derechos de los ciudadanos); o *b)* como una forma específica de la libertad de expresión, en tanto que permite también expresarse frente a las autoridades. El Tribunal Constitucional español ha recocado esta doble faceta al señalar que “La petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar” (Sentencia 242/1993).

El derecho de petición genera una relación jurídica entre una persona y la autoridad, de forma que no puede hacerse valer por un particular frente a otro particular.

El derecho de petición tiene un carácter residual, pues se utiliza siempre que el ordenamiento jurídico no prevea otra manera de dirigirse hacia una autoridad;⁵⁸ por ejemplo, no se ejerce el derecho de petición cuando nos dirigimos al Instituto Federal Electoral para obtener nuestra credencial para votar; tampoco ejercemos el derecho de petición cuando interponemos ante un tribunal colegiado de circuito un juicio de amparo directo; tampoco ejercemos el derecho de petición cuando solicitamos ante las autoridades municipales una licencia de construcción para añadir un cuarto a nuestra vivienda.

En los tres casos que se han mencionado y en muchos otros que se podrían citar, los particulares acuden ante las autoridades haciendo uso de los derechos o prerrogativas que les ofrece el ordenamiento; su actuación, por tanto, no se encuadra en el derecho de petición porque hay otras normas jurídicas que establecen el régimen jurídico particular de esos actos. Si ese régimen jurídico no regulara alguna forma de comunicación entre los particulares y las autoridades, entonces estaríamos en posibilidad de ejercer el derecho de petición.

Normalmente, el derecho de petición se suele concebir como un derecho de configuración legal,⁵⁹ es decir, se trata de un derecho que los textos constitucionales enuncian de forma muy general y que luego el legislador debe concre-

⁵⁷ González Navarro, Francisco y Alenza García, José Francisco, *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2002, p. 143.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 118 y ss.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 145.

tar a través de la emisión de la correspondiente ley. Sin embargo, en México no tenemos una ley que regule lo dispuesto por el artículo 8o., razón por la cual varios de sus aspectos centrales han tenido que ser perfilados por vía jurisprudencial, como lo veremos más adelante.

El derecho de petición previsto por el artículo 8o. constitucional se traduce en la obligación de todos los funcionarios y autoridades de: *a)* permitir a los ciudadanos dirigirse a ellos en demanda de lo que deseen expresar o solicitar, y *b)* responder a dicha demanda por escrito, de forma congruente y en un plazo breve. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el contenido del derecho de petición es mínimo, pero las obligaciones que despliega para las autoridades son muy concretas; para el Tribunal,

el contenido de este derecho [de petición] como tal es mínimo y se agota en la mera posibilidad de ejercitarlo, formulando la solicitud sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno al interesado, garantía o cautela que está en el origen histórico de este derecho y ha llegado a nuestros días. Ahora bien, hoy el contenido comprende algo más, aun cuando no mucho más, e incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración. Desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, al exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final, al comunicar al interesado la resolución que se adopte... [Sentencia 161/1988].

Los requisitos para que sea ejercida conforme a la Constitución la libertad de dirigirse por escrito a una autoridad esperando una respuesta se establecen en el mismo artículo 8o.: la petición se debe formular por escrito, de manera pacífica y respetuosa. Llenándose dichos requisitos la autoridad debe inexcusablemente contestar en breve término; la respuesta de la autoridad debe darse incluso en el caso de que por vía de una norma subconstitucional se establezcan ciertos requisitos en el caso particular de algún tipo de peticiones (por ejemplo, una ley o un reglamento pueden establecer un plazo para hacer una solicitud; si la petición se presenta fuera de ese plazo no podrá ser atendida por la autoridad en cuanto al tema de fondo —es decir, en relación con lo que se esté pidiendo— pero en todo caso el particular tienen el derecho de obtener una respuesta indicándole tal circunstancia). Así se desprende claramente de las siguientes tesis de jurisprudencia:

PETICIÓN, DERECHO DE, EN CASO DE REQUISITOS REGLAMENTARIOS. Aunque es cierto que el derecho de petición no releva a los particulares del cumplimiento de las exigencias que la legislación establezca en cada caso, también es verdad que, sea que el solicitante satisfaga o no los requisitos reglamentarios, en todo caso debe la

autoridad dictar acuerdo, dentro de breve plazo, respecto de la petición, y comunicarlo, también dentro de breve término, al solicitante. En el supuesto de que el quejoso no haya cumplido las condiciones reglamentarias correspondientes, no obstante que las mismas se le hayan exigido por la autoridad, esto será motivo para pronunciar una resolución denegatoria, pero no para abstenerse de emitir acuerdo acerca de la solicitud. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, sexta época, segunda sala, tesis 128, p. 87.

PETICIÓN, DERECHO DE. FORMALIDADES Y REQUISITOS. La garantía que otorga el artículo 8o. constitucional no consiste en que las peticiones se tramiten y resuelvan sin las formalidades y requisitos que establecen las leyes relativas; pero sí impone a las autoridades la obligación de dictar a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada, un acuerdo también por escrito, que debe hacerse saber en breve término al peticionario. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, segunda sala, tesis 129, p. 88.

2. *Respuesta de la autoridad*

Desde luego, el derecho de petición no es un derecho a una *respuesta favorable*, sino solamente a una respuesta por escrito; es decir, la autoridad no está necesariamente obligada a conceder lo que pida alguna persona con fundamento en el artículo 8o. constitucional, tal como lo señala la siguiente interpretación de nuestros tribunales: “PETICIÓN, DERECHO DE. No constriñe a resolver de conformidad. Las garantías del artículo 8o. constitucional tienden a asegurar un proveído sobre lo que se pide y no a que se resuelvan las peticiones en determinado sentido. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, pleno, tesis 130, p. 89”.

Pero tampoco puede la autoridad contestar de cualquier forma o como mejor le venga en gana, sino que tendrá que hacerlo fundando y motivando su dicho, y en relación con lo solicitado (la congruencia entre lo pedido por el particular y lo que responda la autoridad ha sido determinada por la jurisprudencia de la Suprema Corte). Al derecho de petición correctamente formulado se debe corresponder una respuesta igualmente correcta, como lo establece, entre otras, la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PETICIÓN, DERECHO DE. Se viola el artículo 8o. constitucional, si la autoridad correspondiente no dictó un acuerdo congruente con las peticiones formuladas, accediendo o denegando lo pedido, si lo estimare justo, y sólo dicta simplemente un trámite, para aplazar indefinidamente la respuesta sustancial que debía darse al peticionario. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LI, p. 2263.

Ha sido también la jurisprudencia la que ha señalado la necesidad de que las respuestas de la autoridad sean correctas en el sentido de ceñirse a lo que se está pidiendo y de que sean claras en lo que se contesta, tal como lo señala la siguiente tesis:

PETICIÓN, DERECHO DE. RESPUESTAS AMBIGUAS. El artículo 8o. constitucional garantiza, como derecho constitucional de los gobernados, que a toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacer conocer ese acuerdo en breve término al peticionario. Ahora bien, si ese derecho constitucional debe tener algún sentido y no ser una mera norma hueca e inoperante, es claro que cuando la petición elevada a la autoridad contiene la solicitud de una conducta de dar o de hacer a la que el peticionario estima tener derecho, y si esa petición se funda y motiva, la respuesta de la autoridad no debe ser evasiva, o sibilina, o limitarse a dar largas al asunto, ni a embrollarlo, sino que en forma clara y directa debe resolver sobre la pretensión deducida. Si las autoridades consideran que la pretensión es infundada, así deben decirlo claramente, expresando también claramente, por qué estiman improcedente o infundada la petición, a fin de dar al peticionario una respuesta congruente con su petición, en un sentido o en otro, pero en un sentido que ese peticionario pueda acatar o impugnar con pleno y cabal conocimiento de causa. Resultaría contrario al espíritu de la norma constitucional que si la petición no cuenta con el beneplácito de la autoridad, dicha petición se tenga por contestada, incongruentemente, con respuestas evasivas, o ambiguas, imprecisas: eso no es satisfacer el derecho de petición, sino disfrazar la negativa a satisfacerlo, y deja al peticionario en situación de indefensión, violándose de paso el debido proceso legal que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales. Es decir, para que no se respire un clima de opresión y de decisiones no sujetas a derecho, sino un clima de paz y precisamente el correspondiente a un estado de derecho, es menester que las autoridades resuelvan las peticiones en forma franca clara, dando razón completa del por qué no se otorga lo solicitado, y dando al gobernado los elementos para aceptar o impugnar su negativa, de manera que dichas autoridades tengan por mayor interés que sus conflictos con los gobernados sean compuestos (aun judicialmente) en cuanto al mérito de sus pretensiones, que negar lo que no quieren conceder mediante el camino de las imprecisiones los laberintos, lo que más bien da impresión de que se pretende obstaculizar la petición del quejoso y el que pueda llegar a plantearla sólidamente ante los tribunales, o sea, el prevalecer de la potestad sobre el derecho. Y es fundada la argumentación del quejoso de que la respuesta recaída a su petición no es congruente con ella, si esa respuesta no resuelve sobre si procede o no, conceder la pretensión que deduce, sino que en forma ambigua, imprecisa, se limita a decir que una vez que se cumpla con los requisitos de ciertos preceptos “y demás relativos” se procederá en los términos que ordenan los mismos. Para que la respuesta hubiera sido congruente, debió decirse con toda claridad y precisión cuáles eran todos los preceptos aplicables, qué requisitos concretos debió

satisfacer el peticionario en opinión de la autoridad, y cuáles serían las consecuencias de satisfacerlos o no, a fin de que con esa respuesta el gobernado supiese ya a qué atenerse respecto a su pretensión, o del acatamiento o de la impugnación de la respuesta recibida. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 115-130, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 123.

También sobre el concepto de congruencia en la respuesta debe atenderse a los siguientes criterios:

PETICIÓN, DERECHO DE. CONGRUENCIA Y LEGALIDAD. El artículo 8o. constitucional obliga a las autoridades a comunicar un acuerdo escrito en respuesta a toda petición, y a comunicarlo en breve término. Es claro que la respuesta debe ser congruente con la petición, pues sería absurdo estimar que se satisface la obligación constitucional con una respuesta incongruente. Pero también es cierto que la respuesta no es incongruente por el hecho de que se diga al solicitante que se estima que faltan elementos formales o materiales en la petición, para poderle dar curso en cuanto al fondo de lo pedido. Y en este caso, lo que procedería sería impugnar la legalidad de la exigencia de tales elementos o requisitos, pero no podría decirse válidamente que la autoridad omitió dictar un acuerdo congruente con la petición, pues la congruencia del acuerdo no debe ser confundida con la legalidad de su contenido. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 75, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 47.

DERECHO DE PETICIÓN. Se debe contestar cada una de las solicitudes formuladas. Es innegable que la autoridad responsable está obligada a dar contestación a cada una de las peticiones dirigidas por el agraviado haciéndole saber en breve término el trámite o destino que se dio a las solicitudes formuladas, porque el precepto constitucional que otorga la garantía individual, claramente precisa que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido; de lo que se traduce que lo establecido por el precepto constitucional no puede referirse únicamente a un acuerdo común, sino que debe proveerse cada una de las solicitudes. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, septiembre de 1992, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 263.

La autoridad debe dar respuesta incluso si es incompetente para pronunciarse sobre la petición que se está formulando. En este caso la respuesta será para indicarle al particular dicha incompetencia. Así lo sostiene la siguiente tesis:

PETICIÓN. LA FALTA DE FACULTADES NO EXIME DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE. La circunstancia de que la autoridad responsable carezca de facultades para proveer sobre la petición formulada por el quejoso, no la exime del cumplimiento de la garantía que consagra el artículo 8o. de la Constitución federal,

puesto que a toda petición que se le formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, debe emitir un acuerdo escrito y comunicarlo en breve término al peticionario, toda vez que el precepto constitucional no subordina la contestación de la petición a que la autoridad cuente o no con los elementos o la facultad necesaria para proveer sobre la petición cuestionada. Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Amparo en revisión 333/85. Transportes Tuxtepec, S. A. de C. V. 4 de octubre de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Andrés Cruz Martínez. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 199-204, sexta parte, p. 126.

Aunque por el hecho de que no obligue a la autoridad a resolver de conformidad con el fondo de la petición podría pensarse que el derecho de petición es un derecho no demasiado útil, tiene importancia en la medida en que sirve como una cláusula genérica a través de la cual se mantiene siempre un canal de comunicación abierto entre los particulares y las autoridades; y se trata de un canal que está abierto en dos direcciones, puesto que los particulares pueden acceder a las autoridades con fundamento en el artículo 8o. y, por vía contraria, las autoridades deben devolver esa petición atendiéndola y comunicándole al particular su respuesta. Mantener esa vía de comunicación abierta puede ser importante para que el particular se oriente entre la jungla burocrática de nuestras administraciones públicas. Como señala Bartomeu Colom Pastor,⁶⁰ en relación con el sistema jurídico español,

Lo interesante del derecho de petición consiste en la posibilidad que tienen los particulares de hacer peticiones a los poderes públicos con garantía de contestación o respuesta motivada en relación con todas aquellas parcelas o materias en las que los ciudadanos o administrados aún no tienen reconocidos o descritos derechos subjetivos o intereses legítimos o no está reconocida la acción popular. En este ámbito, si se quiere cada día más restringido, pero que no llega a desaparecer, donde predominan las potestades discrecionales, la oportunidad o conveniencia políticas, la función política, el Estado de derecho si bien y como es lógico no reconoce un derecho al logro de lo pedido prevé por lo menos una contestación, una respuesta motivada a las peticiones de los administrados. Desde esta perspectiva, el derecho de petición es una garantía más, una técnica de cierre del sistema del Estado social y democrático de derecho.

⁶⁰ Citado por González Navarro, Francisco y Alenza García, José Francisco, *Derecho de petición*, cit., p. 151.

3. Breve término

Una cuestión interesante tiene que ver con la determinación de lo que el texto de la carta magna denomina “breve término”, dentro del cual deberá producirse la respuesta de la autoridad. Algunos criterios jurisprudenciales han determinado, por ejemplo, que pasados cuatro meses sin que haya habido respuesta la autoridad está violando el artículo 80.

Actualmente algunas leyes de procedimiento administrativo establecen plazos más cortos y efectos diversos —como la afirmativa o la negativa fictas— para determinadas peticiones de los particulares, cuestión sobre la que nos detendremos más adelante.

Como quiera que sea la orientación jurisprudencial más o menos clásica señala lo siguiente:

PETICIÓN. DERECHO DE. CONCEPTO DE BREVE TÉRMINO. La expresión “breve término”, a que se refiere el artículo 80. constitucional, que ordena que a cada petición debe recaer el acuerdo correspondiente, es aquel en que individualizado al caso concreto, sea el necesario para que la autoridad estudie y acuerde la petición respectiva sin que, desde luego, en ningún caso exceda de cuatro meses. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, febrero de 1994, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 390.

PETICIÓN, DERECHO DE. La tesis jurisprudencial número 767 del *Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación*, expresa: “Atento lo dispuesto en el artículo 80. de la Constitución, que ordena que a toda petición debe recaer el acuerdo respectivo, es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un ocurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo constitucional”. De los términos de esta tesis no se desprende que deban pasar más de cuatro meses sin contestación a una petición, para que se considere transgredido el artículo 80. de la Constitución federal, y sobre la observancia del derecho de petición debe estarse siempre a los términos en que está concebido el repetido precepto. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, CII, sexta época, segunda sala, p. 55.

Otra cuestión importante es que el artículo 80. prevé la obligación de la autoridad de dar a conocer su respuesta a los particulares. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha determinado que en caso de duda corresponde a la autoridad la carga de la prueba para acreditar que dicha notificación fue realizada conforme a derecho, como se constata en el texto de la siguiente tesis:

PETICIÓN, DERECHO DE. A LA AUTORIDAD RESPONSABLE CORRESPONDE PROBAR QUE DICTÓ LA RESOLUCIÓN A LO SOLICITADO Y LA DIO A CONOCER AL PETICIONARIO. La sola negativa de los actos reclamados por la autoridad responsable, tratándose de la violación al artículo 8o. constitucional, fundada en que dio respuesta a la solicitud formulada por el quejoso, no es bastante para tenerlos por no ciertos, en virtud de que, dada la naturaleza propia de los actos reclamados, habiendo reconocido que se le formuló una solicitud por escrito, corresponde a la propia autoridad demostrar el hecho positivo de que sí hubo la contestación respectiva y de que se hizo del conocimiento del peticionario, sin que sea admisible arrojar sobre éste la carga de probar un hecho negativo, como lo es el de que no hubo tal contestación. *Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, p. 86.

4. Derecho de petición y negativa ficta

Ya se ha mencionado que algunas leyes administrativas establecen no solamente plazos distintos al considerado como máximo por la jurisprudencia para que la autoridad cumpla con el derecho de petición mediante la comunicación al particular, sino que también establecen efectos diversos según sea que la autoridad conteste o no; entre esos efectos se encuentra la llamada “negativa ficta”, por medio de la cual el legislador establece que si la autoridad no contesta a la petición en el plazo señalado se debe entender que sí contestó pero en sentido negativo, es decir, negando lo que le pedía el particular. La jurisprudencia ha sostenido que la negativa ficta y el derecho de petición no son lo mismo en la siguiente tesis:

NEGATIVA FICTA Y DERECHO DE PETICIÓN. SON INSTITUCIONES DIFERENTES. El derecho de petición consignado en el artículo 8o. constitucional consiste en que a toda petición formulada por escrito en forma pacífica y respetuosa deberá recaer una contestación también por escrito, congruente a lo solicitado, la cual deberá hacerse saber al peticionario en breve término; en cambio, la negativa ficta regulada en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa sino que ante la falta de contestación de las autoridades fiscales, por más de tres meses, a una petición que se les formule, se considera, por ficción de la ley, como una resolución negativa. En consecuencia, no puede establecerse, ante dos supuestos jurídicos diversos, que la negativa ficta implique también una violación al artículo 8o. constitucional, porque una excluye a la otra. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, octubre de 1997, p. 663.

Esta tesis parece no comprender el tipo de derecho que está consignado en el artículo 8o. constitucional: bajo cualquier circunstancia, de acuerdo con el texto de la carta magna, la autoridad tiene que responder. Esto significa que el le-

gisador no puede crear ninguna especie de “ficción jurídica” por medio de la cual la obligación de las autoridades deje de cumplirse y se entienda que sí se ha cumplido, pero en sentido negativo. La interpretación correcta es que *a)* o bien cualquier posible inclusión de figuras como la negativa ficta, el silencio administrativo y la positiva ficta son inconstitucionales porque van en contra de lo dispuesto en el artículo 80.; o *b)* se debe entender que la negativa ficta opera siempre en favor del particular y que puede atenerse a ella si le conviene más (por ejemplo para efectos de interponer sin demora un juicio de amparo) o bien puede exigir que la autoridad le dé la respuesta a la que le obliga el artículo 80. Así parece entenderlo la Suprema Corte cuando señala que

PETICIÓN, DERECHO DE. NO DEBE SOBRESEERSE EN EL JUICIO CON BASE EN QUE EL SILENCIO DE LA AUTORIDAD CONSTITUYE UNA NEGATIVA FICTA. Cuando se reclama en amparo la violación al derecho de petición consagrado en el artículo 80. constitucional, no es procedente sobreseer en el juicio con base en que el silencio de la autoridad constituyó una negativa ficta, por las razones siguientes: 1) porque la aludida garantía constitucional no puede quedar suspendida por la creación o existencia de figuras jurídicas (como la negativa ficta) que la hagan nugatoria, pues ello equivaldría a limitarla, restringirla o disminuirla y a condicionar su vigencia a lo que dispongan las leyes secundarias; 2) porque la negativa ficta es una institución que, por sus características peculiares, es optativa para los particulares, la cual, por surgir debido al transcurso del tiempo, sin respuesta específica y por escrito de la autoridad a la que se planteó la solicitud, no puede satisfacer el objeto primordial que se persigue con la garantía que tutela el artículo 80. constitucional; y 3) porque el juez de amparo no puede prejuzgar sobre cuál es el medio de defensa con que debe ser impugnado el silencio de la autoridad, cuando precisamente se le está pidiendo que obligue a esa autoridad a dar una respuesta, como lo exige el artículo constitucional invocado. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando el particular optó por impugnar la resolución ficta, ya no puede, válidamente, exigir contestación expresa, pues en tal supuesto clausuró su derecho de petición. Contradicción de tesis 51/98. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito y el Tribunal Colegiado del Segundo Circuito (en la actualidad Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito). 29 de octubre de 1999. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, diciembre de 1999, tesis 2a./J. 136/99, p. 245.

También sostiene un criterio parecido un tribunal colegiado de circuito en la siguiente tesis:

NEGATIVA FICTA. EL ARTÍCULO 80. CONSTITUCIONAL PREVALECE SOBRE EL PRECEPTO 17 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. En el caso de que

se impugne la omisión de la autoridad de resolver de manera definitiva una instancia, estimando violada la garantía consagrada en el artículo 8o. constitucional, no es dable considerar que en relación con la omisión reclamada se deba constreñir a lo dispuesto por el precepto 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que prevé la figura de la negativa ficta, toda vez que ello significaría que la aludida garantía constitucional deba quedar limitada, restringida o disminuida y condicionada a lo dispuesto por leyes secundarias, lo cual jurídicamente es inadmisibles por virtud de la supremacía de la Constitución, en la medida en que la negativa ficta a que se refiere el dispositivo secundario mencionado, no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa una solicitud, sino que, ante la falta de contestación de las autoridades por más de cuatro meses a una instancia, se considerará por ficción de ley, como una resolución negativa. Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito. Amparo en revisión 63/99. Subsecretario de Recursos Naturales de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca. 17 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis VI.A.3 A, p. 771.

5. *El derecho de petición en materia política*

El artículo 8o. restringe la posibilidad de ejercicio del derecho de petición de los extranjeros, al señalar que en materia política solamente lo podrán hacer valer los ciudadanos (criterio que reitera el artículo 35 constitucional). Hay que decir que dicha limitación para los no ciudadanos (que pueden ser tanto los extranjeros como los mexicanos menores de edad) debe entenderse de forma restringida, abarcando nada más que lo relacionado con los aspectos estrictamente electorales, porque de otra manera se estaría produciendo una discriminación por razón de nacimiento, de nacionalidad o de edad, lo cual supondría violar varias de las más importantes declaraciones internacionales de derechos humanos.⁶¹

En materia política, el derecho de petición puede ser ejercido por los partidos políticos, según lo ha reconocido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la siguiente tesis:

DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA POLÍTICA. TAMBIÉN CORRESPONDE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. El artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho genérico de petición a favor de los habitantes de la República, que debe ser respetado por todos los funcionarios y empleados públicos, siempre que se formule por escrito y de manera pacífica y respetuosa. El artículo 35,

⁶¹ Sobre tales prohibiciones de discriminar, previstas en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, nos hemos detenido en el capítulo segundo *supra*.

fracción V, constitucional, consagra el derecho de petición en materia política como prerrogativa específica de los ciudadanos mexicanos; disposiciones que son aplicables en materia electoral, porque existe el criterio interpretativo de que los derechos fundamentales contemplados en la Constitución General de la República deben de interpretarse en un sentido amplio y no restrictivamente, así como criterio generalizado en los tribunales federales, en el sentido de que los derechos fundamentales contemplados en dicha Constitución, no sólo le asisten a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, cuando éstas sean susceptibles de disfrutarlos, criterio que, trasladado al artículo 35, conduce a la conclusión de que el derecho de petición en materia política, no sólo corresponde a los ciudadanos en lo individual, sino también a los partidos políticos, por su naturaleza, funciones y finalidades constitucionales y legales. Por ende, si los partidos políticos son formas de asociación ciudadana, no puede negarse que están facultados, a través de sus legítimos representantes, para acudir ante las autoridades políticas, y en forma más concreta ante las autoridades electorales, a realizar alguna solicitud o petición, referente a cuestiones político-electorales, y que al no existir restricción, ésta necesariamente tendrá que resolverse. Tercera época: juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-026/2000. Partido Democracia Social. 5 de abril de 2000. Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-033/2000. Partido de Centro Democrático. 5 de abril de 2000. Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-034/2000. Partido Auténtico de la Revolución Mexicana. 5 de abril de 2000. Unanimidad de votos, sala superior, tesis S3ELJ 26/2002.

IV. DERECHO DE POSESIÓN Y PORTACIÓN DE ARMAS (ARTÍCULO 10)

El artículo 10 constitucional contiene un “derecho” que resulta muy difícil de justificar en un Estado moderno y democrático. Justamente la modernidad del Estado, como ha explicado Max Weber, consiste en que los poderes públicos mantengan con éxito el monopolio de la violencia legítima, propósito que no parece ser muy congruente con la posibilidad de que los particulares tengan armas en su domicilio.

El texto del artículo 10 constitucional es el siguiente:

Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

Choca también lo dispuesto en el artículo 10 con el párrafo primero del artículo 17 que establece que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

El contenido del artículo 10 tiene su antecedente remoto en lo dispuesto por la enmienda segunda de la Constitución estadounidense de 1787, que se refiere no solamente a la posesión de armas, sino también a su portación; su texto es el siguiente: “Siendo necesaria una milicia bien ordenada, para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas”.

El texto del artículo 10 limita el objeto de la posesión de armas: solamente se pueden tener para la seguridad y legítima defensa. También señala el artículo que la competencia en materia de armas es del Congreso de la Unión, a través de una Ley Federal. Corresponde a dicha Ley establecer cuáles son las armas prohibidas (que lo serán tanto para particulares como para las autoridades) y cuáles son las que están reservadas al uso exclusivo de las fuerzas armadas. La Ley que menciona el artículo que se comenta es la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, cuya aplicación corresponde a las secretarías de Gobernación y de la Defensa Nacional.

En la Ley Federal de Armas se obliga a quien quiera ejercer la tenencia domiciliaria de las propias armas que permite el artículo 10 constitucional a registrarlas ante la Secretaría de la Defensa Nacional (artículo 7o.), lo cual para algún autor “resulta inconstitucional porque el código supremo no establece más límite en el caso de posesión en el domicilio que la de ajustarse al tipo de arma permitida”.⁶² No comparto ese criterio, por varias razones. En primer lugar, porque la verificación del tipo de arma que se posee (a efecto de saber si es o no de las permitidas) solamente se puede llevar a cabo mediante un sistema de registro, puesto que sería mucho más complicado y potencialmente lesivo de otros derechos intentar realizar esa verificación por medio de visitas domiciliarias, por ejemplo. Por otro lado, al ser las armas instrumentos de potenciales violaciones a los derechos fundamentales más básicos (vida, integridad física, etcétera), se les debe exigir a las autoridades la mayor diligencia en su control, de forma que un registro es un requisito mínimo para poner un poco de orden sobre su posesión. En tercer lugar, del hecho de que una ley exija alguna formalidad registral para el ejercicio de un derecho no puede derivar una inconstitucionalidad; si sostuviéramos ese criterio entonces tendríamos que decir que también sería inconstitucional el registro de las sociedades anónimas para el efecto de ejercer el derecho de asociación, o que lo sería también la obligación de acudir ante el Registro Civil a formalizar un matrimonio, para efecto de

⁶² Rojas Caballero, Ariel A., *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002, p. 186.

ejercer el derecho a crear una familia que contemplan varios tratados internacionales de derechos humanos.

En su última parte el artículo 10 remite a las determinaciones de la ley los supuestos para la portación de armas por los habitantes. Se trata, como es evidente, de una cuestión distinta a la posesión, la cual solamente tiene cobertura constitucional cuando se ejerce en el domicilio, fuera del cual ya se está en el supuesto de la portación.

Lamentablemente, la existencia de armas en manos de particulares atenta en contra de uno de los fundamentos de todo el sistema de derechos: la paz. Por ese motivo, algunos autores han sugerido que las armas —sobre todo las armas de fuego y, con mayor razón, las de destrucción masiva— sean consideradas bienes ilícitos, es decir, no susceptibles de ser comercializadas.⁶³

La pertinencia de dicha propuesta puede apoyarse en muchas evidencias empíricas, como las continuas guerras que han estallado en los últimos años, tanto entre naciones como dentro de ellas. Por otro lado, existe también acreditada evidencia que muestra una relación estrecha entre la tenencia de armas y el incremento de la violencia. El caso más claro es el de los Estados Unidos, en donde la población tiene en sus manos 65 millones de pistolas y revólveres de todo tipo; el 39% de los hogares de ese país tiene un rifle. Eso explica, por ejemplo, que cada año se reporten 130,000 heridos por arma de fuego.⁶⁴

En México el tema de las armas es especialmente delicado, puesto que muchas de ellas —las permitidas y las prohibidas— han terminado de una u otra manera en manos de la delincuencia común y de la organizada. Para darnos una idea de la criminalidad alrededor de la posesión de armas, basta considerar que durante 2001 fueron sentenciadas 10,061 personas por el uso de armas prohibidas.⁶⁵ A esa cifra impresionante hay que agregar la mucho mayor que se deriva no de la mera tenencia de armas prohibidas, sino de su uso en contra de la vida, integridad personal y bienes de los demás habitantes del país.

A fin de cuentas, la posesión y tenencia de armas no protege ningún derecho fundamental, sino que, por el contrario, supone una amenaza concreta para muchos de ellos, por lo cual no tendría que estar permitida por la Constitución.

Los pronunciamientos jurisprudenciales relativos al artículo 10 constitucional se enfocan casi siempre a los aspectos penales, a la distinción entre portación y posesión de armas, al carácter de arma prohibida o de arma reservada

⁶³ En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Democrazia senza stato?”, en Labriola, Silvano (ed.), *Ripensare lo stato*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 210.

⁶⁴ *El País*, 28 de abril de 2003.

⁶⁵ *La Jornada*, 7 de mayo de 2003.

con el que la ley designa a cierto tipo de armas, etcétera. Algunos que tienen carácter más general son los siguientes:

ARMAS DE FUEGO, PORTACIÓN SIN LICENCIA DE. COMPETENCIA. El artículo 10 de la Constitución General de la República declara que los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, y que la ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas. Por consiguiente, al hacer referencia el mencionado precepto constitucional a la ley federal, como la única que podrá determinar cuáles armas estarán prohibidas y cuáles permitidas y en qué casos, condiciones, requisitos y lugares se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas, alude expresamente a la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de armas de fuego y explosivos. Por su parte el artículo 73, fracción XXI, de la propia Constitución señala que el Congreso de la Unión tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. En conclusión como el delito de portación de arma de fuego sin licencia está contemplado por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es inconcuso que es en el fuero federal donde radica la jurisdicción para conocer del mismo. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, octava época, primera sala, p. 243.

ARMAS DE FUEGO, CONTROL DE LA POSESIÓN DE. SEÑALAMIENTO DE DOMICILIO. El artículo 10 constitucional consagra como garantía el derecho de los habitantes de la República a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley reglamentaria y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. Esta garantía no les otorga el derecho de poseer armas en otro sitio donde residan temporalmente, es decir, sin la finalidad de fijar su residencia permanente o en una casa rodante instalada en el chasis de un vehículo que sea utilizado como transporte para instalarse en algún lugar del país en fines de semana o periodos de vacaciones; de ahí que si el artículo 16 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos establece la obligación de señalar, para efectos de control de posesión de armas, un único domicilio de residencia permanente, ello es para que la autoridad encargada de expedir la autorización y de ejercer el control correspondiente, esté en condiciones de sujetar la posesión de armas a los límites que la paz y la tranquilidad de los habitantes exige, para evitar que se ofendan los derechos de la sociedad, la cual está interesada en que la posesión y uso de armas de fuego queden sujetos a su control. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 187-192, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 27.

ARMA, CONCEPTO DE. Por arma debe entenderse el instrumento fabricado para el ataque o la defensa. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LII, segunda parte, sexta época, primera sala, p. 11.

ARMAS, PORTACIÓN DE. Armas prohibidas son aquellas cuya portación o uso se consideran dignos de sanción penal en cualquier caso, y permitidas son aquellas cuyo uso o portación se autoriza previo el cumplimiento de determinados requisitos legales. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXIII, quinta época, primera sala, p. 1396.

V. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY (ARTÍCULO 14, PÁRRAFO PRIMERO)

El principio de irretroactividad de la ley es uno de los más clásicos de todos los ordenamientos jurídicos modernos. Refleja una aspiración típica de la seguridad jurídica: el hecho de que sepamos a qué leyes atenernos sin que en el futuro un cambio de las mismas pueda afectar a los actos que ya hemos realizado. En este sentido, la irretroactividad busca preservar el carácter previsible del ordenamiento y fijar temporalmente las “reglas del juego”, de forma que una modificación legislativa no pueda aplicarse hacia el pasado.

La prohibición de retroactividad está presente en el derecho moderno desde los inicios del pensamiento de la Ilustración, que en este como en tantos otros campos hizo aportaciones decisivas para el entendimiento contemporáneo del derecho.⁶⁶ La Declaración francesa de 1789 establecía en su artículo 8o. que “Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito” y la Declaración de 1973 iba aún más lejos al precisar que: “La ley que castigase delitos cometidos antes de su existencia sería una tiranía; el efecto retroactivo dado a la ley sería un delito”.

El principio de irretroactividad está previsto en el artículo 14, párrafo primero constitucional de la siguiente forma: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

De este párrafo tan breve deriva sin embargo una compleja problemática, en parte propiciada por su mala redacción. En efecto, la Constitución establece la prohibición de “dar efecto” retroactivo, con lo cual da a entender que una ley retroactiva puede expedirse por el Congreso; lo que no podrá hacerse es aplicarla. Pero entonces ¿para qué permite la Constitución una ley que ella misma prohíbe aplicar? Parece un sin sentido y seguramente lo es. Corresponde sin

⁶⁶ Prieto, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003, pp. 43-45.

embargo a los juristas hacer una interpretación adecuada del sentido de la norma.

La Suprema Corte ha percibido con mucha claridad el problema al que se acaba de hacer referencia y en una tesis ha sostenido la distinción entre la “retroactividad de la ley” y su “aplicación retroactiva”. El texto de la tesis es el siguiente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA. El análisis de retroactividad de las leyes conlleva el estudio de los efectos que una precisa hipótesis jurídica tiene sobre situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificándose si la nueva norma desconoce tales situaciones o derechos, es decir, ante un planteamiento de esa naturaleza el órgano de control de constitucionalidad se pronuncia sobre si una determinada disposición de observancia general obra sobre el pasado, desconociendo las mencionadas situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativo a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo primero, constitucional, en cuanto a que las leyes no deben ser retroactivas. A diferencia de lo anterior, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley no implica el estudio de las consecuencias que ésta, por sí sola, tiene sobre lo sucedido en el pasado, sino verificar si la aplicación concreta que de una hipótesis normativa realiza una autoridad, a través de un acto materialmente administrativo o jurisdiccional, se lleva a cabo dentro de su ámbito temporal de validez, es decir, sin afectar situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por el gobernado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición aplicada lo que de no ocurrir, implicaría una aplicación incorrecta de la ley, mas no la retroactividad de ésta. Amparo directo en revisión 479/2000. Amelia Oceguera Vázquez. 19 de mayo del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis 2a. CXI/2000, p. 376.

Ahora bien, de la distinción entre la retroactividad que se contiene en la ley y la retroactividad como efecto de un acto de aplicación no puede derivarse que alguna de esas formas de afectación de los derechos de los particulares esté permitida por el texto constitucional; así lo entiende la siguiente tesis:

GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE. Conforme al criterio actual adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la interpretación del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagra la garantía de irretroactividad, ésta protege al gobernado tanto de la propia ley,

desde el inicio de su vigencia, como de su aplicación, al constreñir al órgano legislativo a no expedir leyes que en sí mismas resulten retroactivas, y a las demás autoridades a que no las apliquen retroactivamente, pues la intención del Constituyente en dicho precepto, fue prever de manera absoluta, que a ninguna ley se le diera efecto retroactivo, sin atender a si dicho efecto nace de la aplicación de la ley por las autoridades, o a si la ley por sí misma lo produce desde el momento de su promulgación, pues resultaría incongruente admitir que el amparo proceda contra las leyes y se niegue cuando se demuestre que sus preceptos, automáticamente vuelven sobre el pasado, lesionando derechos adquiridos. Clave 1a./J., núm. 50/2003. Tesis de jurisprudencia 50/2003. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de tres de septiembre de dos mil tres.

Un segundo problema que deriva del texto del artículo 14, párrafo primero, tiene que ver con el alcance del término “ley” allí contenido. Es decir, la cuestión importante sería determinar qué debemos entender por “ley” para los efectos de la prohibición de retroactividad. Tenemos dos posibilidades: *a)* o hacemos una interpretación literal y por ley entendemos solamente las normas jurídicas generales y abstractas creadas por un órgano parlamentario a través del procedimiento legislativo (establecido en los artículos 71 y 72 constitucionales para el Congreso de la Unión); *b)* o hacemos una interpretación extensiva, que justamente extienda la protección del artículo 14, y entendemos por ley cualquier norma jurídica general y abstracta, incluyendo por tanto dentro de ese concepto no solamente a las leyes propiamente dichas sino también a los reglamentos, los tratados internacionales, los acuerdos, las circulares, etcétera. Aunque a primera vista, y en aplicación del criterio interpretativo según el cual ante la duda hay que elegir la interpretación que sea más protectora de los derechos, el segundo criterio sería el más adecuado, en realidad los dos presentan algunos problemas.

El primero de ellos (es decir, el que entiende que “ley” significa solamente el producto normativo emanado del Parlamento) presenta el problema de dejar fuera de la prohibición constitucional al resto de normas jurídicas; parece un sin sentido que las leyes no puedan ser retroactivas y los reglamentos sí.

Sin embargo, el segundo criterio también presenta un problema, derivado no de su aplicación al párrafo primero del artículo 14, sino de su posible interferencia con el principio de legalidad en materia penal previsto en el párrafo tercero del mismo artículo. Es decir, si asumimos que en efecto la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente la “ley” se refiere en realidad a todo tipo de normas jurídicas, que es lo que parece más adecuado si asumimos una interpretación garantista del artículo 14, quizá algún observador pueda decir que ese mismo criterio se debe aplicar también al párrafo tercero del mismo ar-

título en el que la Constitución dice que solamente se podrán imponer sanciones penales cuando estén previstas en una ley; ese observador podría tomar nuestro criterio sobre el término ley aplicado al párrafo primero del artículo para interpretar que lo mismo debe entenderse para el párrafo tercero, con lo cual se vendría abajo el principio de legalidad en materia penal.

Advertidos de ese problema, creo sin embargo que se puede concluir que el mejor criterio es el que hemos señalado en segundo lugar, de acuerdo con el cual la prohibición de aplicación retroactiva afecta a todo tipo de normas y no solamente a las creadas por vía parlamentaria, sin que tal criterio hermenéutico sea extendible al principio de legalidad en materia penal, el cual se rige por una lógica distinta y tiene un fundamento diferente, como veremos más adelante.

Otra cuestión interesante que suscita el texto del artículo 14 párrafo primero es la que tiene que ver con la retroactividad en perjuicio, que es a la que se refiere la Constitución. Haciendo una interpretación *a contrario sensu* podemos decir que la aplicación retroactiva favorable sí que está permitida; es más, dicha aplicación es obligatoria en ciertos supuestos; por ejemplo, en materia penal cuando un tipo penal es derogado o cuando se reduce la extensión de una sanción jurídico-penal prevista para un cierto delito.

Antes de seguir adelante, debemos abordar el estudio del concepto de “aplicación retroactiva”, para estar en capacidad de saber cuándo se configura el supuesto del artículo 14 párrafo primero. La respuesta a esta cuestión debemos buscarla en la jurisprudencia, pues seguramente sería ocioso abordar el tema desde una perspectiva teórica cuando el mismo ya está zanjado —y de forma adecuada en términos generales— por el criterio de nuestros tribunales, por ejemplo en la siguiente tesis:

IRRETROACTIVIDAD. LAS NORMAS RIGEN EXCLUSIVAMENTE HECHOS ACONTECIDOS A PARTIR DE SU VIGENCIA. Aunque es verdad que es principio general de derecho que toda norma posterior viene a derogar a la anterior, aquélla no puede ejercer efectos retroactivos sobre situaciones jurídicas establecidas antes de esa vigencia, sino que la norma posterior rige precisa y exclusivamente los hechos acontecidos a partir de su vigencia. Sexta época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. tercera parte, CXXXV, p. 161.

Aunque la jurisprudencia histórica ha sido variable, la tesis que ofrece un entendimiento más riguroso del sentido de la irretroactividad y que además ha sido asumida por los integrantes de la novena época de la Suprema Corte es la siguiente:

IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA. Conforme a la citada teoría, para determinar si una ley cumple con la garantía de irretroactividad prevista en el primer párrafo del artículo 14 constitucional, debe precisarse que toda norma jurídica contiene un supuesto y una consecuencia, de suerte que si aquél se realiza, ésta debe producirse, generándose, así, los derechos y obligaciones correspondientes y, con ello, los destinatarios de la norma están en posibilidad de ejercitar aquéllos y cumplir con éstas; sin embargo, el supuesto y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato, pues puede suceder que su realización ocurra fraccionada en el tiempo. Esto acontece, por lo general, cuando el supuesto y la consecuencia son actos complejos, compuestos por diversos actos parciales. De esta forma, para resolver sobre la retroactividad o irretroactividad de una disposición jurídica, es fundamental determinar las hipótesis que pueden presentarse en relación con el tiempo en que se realicen los componentes de la norma jurídica. Al respecto cabe señalar que, generalmente y en principio, pueden darse las siguientes hipótesis: 1. Cuando durante la vigencia de una norma jurídica se actualizan, de modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidos en ella. En este caso, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquel supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida. 2. El caso en que la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas. Si dentro de la vigencia de esta norma se actualiza el supuesto y alguna o algunas de las consecuencias, pero no todas, ninguna norma posterior podrá variar los actos ya ejecutados sin ser retroactiva. 3. Cuando la norma jurídica contempla un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia. En este caso, la norma posterior no podrá modificar los actos del supuesto que se haya realizado bajo la vigencia de la norma anterior que los previó, sin violar la garantía de irretroactividad. Pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previó, si son modificados por una norma posterior, ésta no puede considerarse retroactiva. En esta circunstancia, los actos o supuestos habrán de generarse bajo el imperio de la norma posterior y, consecuentemente, son las disposiciones de ésta las que deben regir su relación, así como la de las consecuencias que a tales supuestos se vinculan. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, noviembre de 1997, tesis P./J. 87/97, p. 7.

Antes de ese criterio, la Corte se había esforzado por hacer una distinción lo más nítida posible entre los “derechos adquiridos” y las “expectativas de derecho”, de forma que la prohibición de aplicar retroactivamente una norma se refiriera a los primeros pero no a las segundas. Dos tesis que recogen lo anterior y dan cuenta de esa forma de argumentar son las siguientes:

RETROACTIVIDAD, TEORÍAS DE LA. Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del *Apéndice* al tomo L del *Semanario Judicial de la Federación*, al establecer: “Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial”. “La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado, para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos”. “Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencias que la misma ley le atribuye”. Sexta época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, primera parte, t. CXXXVI, p. 80.

DERECHOS ADQUIRIDOS. Siendo la ley el origen de todos los derechos de los individuos, en sus relaciones con los demás, y con el Estado, debe investigarse, en cada caso, el origen del derecho controvertido, su inmutabilidad, su posibilidad de transformación o su desaparición final, según la naturaleza del derecho y el desenvolvimiento de los acontecimientos sociales, que llevan al legislador a dictar nuevas leyes. Si el desarrollo de las circunstancias que dan nacimiento a un derecho privado, tiene lugar, integralmente, durante la vigencia de la ley que lo estatuye, es fácil fijar el alcance de ese derecho; pero si no ha sido así, habrá que examinar el caso, para investigar qué derechos pueden reputarse ya adquiridos, y no susceptibles de ser desconocidos por la nueva ley, y distinguirlos de las expectativas de derecho, que no pudieron entrar al patrimonio individual, porque las mismas normas legales hicieron imposible su adquisición; pues conforme a nuestro régimen constitucional, ningún derecho adquirido puede ser arrebatado, ni aun por mandato posterior del legislador, salvo cuando fuese dictado como ordenamiento expreso del poder constituyente, ya que toda aplicación retroactiva de la ley, viola las garantías que consigna el artículo 14 constitucional. Quinta época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XL, p. 1564.

Hay otras dos cuestiones interesantes sobre la prohibición de retroactividad de las que conviene dar cuenta; la primera es qué sucede con las conductas que se venían realizando durante un tiempo por una persona y que no estaban reguladas jurídicamente cuando el legislador decide regularlas, de forma que, por ejemplo, ya no se le permite a esa persona seguir realizando la conducta en cuestión. ¿Hay aplicación retroactiva en ese caso? La segunda cuestión interesante tiene que ver con las excepciones que se pueden dar a la prohibición de retroactividad o, mejor dicho, a los supuestos en los que dicha prohibición no es aplicable.

Por lo que hace al primer asunto, supongamos que se parte de una situación de “libertad no regulada”:⁶⁷ una persona actúa de determinada manera sin que su conducta esté permitida o prohibida por el ordenamiento; sencillamente se trata de una conducta que no es “jurídicamente relevante”. ¿Qué sucede cuando el legislador prohíbe realizar dicha conducta o cuando le exige una serie de requisitos para poder llevarla a cabo? ¿se genera en ese caso una aplicación retroactiva de la nueva regulación, violándose de esa forma el artículo 14 constitucional? La respuesta, de nuevo, hay que buscarla en la jurisprudencia, que no es unánime al resolver la cuestión.

Según algunos criterios jurisprudenciales, la nueva regulación de una actividad que hasta entonces no estaba contemplada en ningún sentido por el ordenamiento jurídico no puede afectar las situaciones hasta entonces existentes, ya que el individuo en cuestión obraba en “uso de un derecho”, por decirlo así. Este es el criterio que se contiene en la siguiente tesis, que se transcribe solamente en la parte conducente:

RETROACTIVIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y FISCAL. ...Por consiguiente, la ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo configura un derecho respetable por las autoridades, aun por el propio legislador cuya vigencia desaparecerá hasta que surja la norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer todo lo que la ley les faculta, el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades, le está por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerado el

⁶⁷ En el capítulo tercero *supra* ya hicimos referencia al concepto de libertad y las distintas manifestaciones que puede tener.

artículo 14 constitucional, que estatuye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XCVIII, p. 50.

Otro criterio en el mismo sentido, del que el anterior tomó muchos elementos y que fue redactado por el ilustre constitucionalista Felipe Tena Ramírez durante su desempeño como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el siguiente:

RETROACTIVIDAD, NO SOLAMENTE PUEDE PRESENTARSE COMO CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. Es un error pretender que la circunstancia de que una ley ordinaria actúe sobre el pasado no es contraria al artículo 14 constitucional al no existir una ley anterior a aquélla, al amparo de la cual hayan surgido derechos que resulten lesionados con la vigencia de la nueva ley. Efectivamente, si bien es verdad que por regla general el fenómeno de la retroactividad se presenta como un conflicto de leyes en el tiempo, como una controversia entre dos leyes expedidas sucesivamente y que tienden a normar el mismo acto, el mismo hecho o la misma situación, también lo es que puede darse el caso de que los mandatos de una ley sean retroactivos y lesivos al mencionado artículo 14 cuando rijan de manera originaria determinada cuestión, es decir, cuando ésta sea prevista legislativamente por primera vez. En atención a ese fenómeno complejo que constituye la aparición del Estado, explicable por el principio de soberanía en virtud del cual el pueblo adopta la forma de gobierno que le place y se da normas que le permitan encauzar su vida social, surge una diferenciación entre gobernantes y gobernados que hace posible que quienes integren el Poder Legislativo estén en aptitud de regular normativamente la conducta de los gobernados. Pero ello no significa que éstos hayan perdido su libertad aun en lo normado y que sólo puedan realizar los actos que específicamente les sean autorizados, sino nada más que habrán de abstenerse de hacer lo prohibido por la ley y de sujetarse a los lineamientos trazados por ésta en las hipótesis previstas por el legislador. Consecuentemente, en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida ni válida únicamente cuando se ciña a determinadas restricciones, su realización constituirá el ejercicio de un “derecho”, emanado precisamente de la ausencia de una ley reguladora, y tutelado, por lo mismo, por el orden jurídico, en cuanto éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo, configura un derecho respetable por las autoridades, aun por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, el goberna-

do puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le está por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerando el artículo 14 constitucional, que estatuye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Ahora bien, si en un caso no existía ley alguna anterior a unas circulares reclamadas que fijara el precio oficial de un producto para los efectos de la cuantificación del impuesto de exportación, los quejosos tuvieron el derecho de exportar tal producto al precio que estimaron pertinente, tomando en cuenta para su fijación exclusivamente los costos de producción y un margen de utilidad. En consecuencia, las circulares que “rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación”, vulneran el derecho de los quejosos, derivado precisamente de la ausencia de disposiciones legales que lo limitaran o reglamentaran. Sexta época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, t. LIV, p. 45.

El criterio que se contiene en las dos tesis que se acaban de citar es que el ejercicio de una “libertad no regulada” configura un derecho, que no puede ser alterado sino hacia el futuro por una nueva regulación. En el caso de conductas que tengan una temporalidad extendida, la nueva regulación podrá sin embargo venir a modificar (prohibiendo, limitando, sujetando a requisitos, etcétera) su régimen jurídico. Pensemos, por ejemplo en el caso de que una persona haya venido desempeñando una determinada profesión durante varios años y que en un momento determinado se emita una ley de profesiones que le exige un título profesional para continuar con esa actividad; en ese caso la ley no podrá afectar a las actividades que ya se habían realizado y que estuvieran concluidas, pero desde luego que le impedirá a esa persona seguir ejerciendo su profesión de la manera en la que lo venía haciendo. Así lo reconoce la tesis siguiente:

PROFESIONES EN EL ESTADO DE SONORA. NO ES RETROACTIVA LA LEY REGLAMENTARIA PARA EL EJERCICIO DE LAS. No es retroactiva la Ley de Profesiones del Estado de Sonora, en cuanto prohíbe el ejercicio profesional a personas que carecen de título, aun cuando hayan venido desempeñando las actividades relativas, pues esta circunstancia no confiere al particular derecho alguno para seguir ejerciendo en lo futuro las mismas actividades. La libertad para obrar de determinada manera no implica la adquisición del derecho para seguirlo haciendo siempre igual, pues en el ámbito de libertad de los particulares puede intervenir la autoridad que tenga facultad para hacerlo limitándola y reglamentando el trabajo profesional, determinando cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio y señalando las con-

diciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que pueden expedirlo. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 50, p. 70.

Con respecto a la segunda cuestión problemática a la que hacíamos referencia, es decir, la de las excepciones al principio de no retroactividad, hay que señalar preliminarmente dos aspectos: *a)* el texto del artículo 14 constitucional no señala ninguna excepción a la prohibición de aplicar retroactivamente una norma; *b)* la jurisprudencia sin embargo ha ido perfilando una serie de casos en los que entiende que no se presenta dicha aplicación retroactiva.

Debe tenerse presente, considerando lo que se acaba de decir, que los casos en que la jurisprudencia concluye que no se presenta la aplicación retroactiva no se deben entender como excepciones al mandato del artículo 14 en su párrafo primero (que no contempla ninguna excepción, según se ha dicho), sino como supuestos en los cuales no se genera una aplicación “hacia el pasado” de una determinada norma; en tal sentido, la jurisprudencia no siempre ha estado muy atinada al precisar en qué casos no se configuraba la aplicación retroactiva y, como en otros supuestos a los que ya nos hemos referido, los tribunales han inventado justificaciones para legitimar el proceder inconstitucional de los poderes públicos, utilizando para ello argumentos supuestamente constitucionales.

Vamos a ver en qué casos la jurisprudencia ha entendido que no se producen efectos retroactivos.

A) En primer lugar, no se vulnera el artículo 14, párrafo primero, cuando lo que se aplica hacia el pasado es el propio texto constitucional, luego de haber sido reformado. Así lo establece la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR. Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el Constituyente al establecer los preceptos del código político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales hay que procurar armonizarlos, y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente en uso de sus facultades amplísimas, pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última

circunstancia es esencial. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, pleno, octava parte, sección común, p. 420.

En realidad, en la tesis anterior la Corte emplea una vía argumentativa poco convincente. Bastaría con que hubiera señalado que la prohibición del artículo 14 se refiere a la aplicación de *leyes*, es decir, de normas con rango subconstitucional, no siendo por tanto aplicable al propio texto de la carta fundamental. Siguiendo esta argumentación podría dejar claro que el principio de no retroactividad no tiene excepciones (porque de hecho no lo señala el texto del artículo 14, párrafo primero), pero que dicho principio no se aplica frente al poder reformador de la Constitución cuando actúa conforme al artículo 135 constitucional (que regula el procedimiento de reforma constitucional).

B) Un segundo supuesto de no retroactividad se da en las leyes procesales; es decir, en virtud de que los procesos judiciales se van dando por etapas, la jurisprudencia sostiene que no se presentan derechos adquiridos para todas las etapas, sino solamente para las que ya han empezado o las que ya han terminado. Así lo señalan las siguientes tesis:

RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES. Para que una ley se considere retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, lo que no sucede con las normas procesales. En efecto, se entienden como normas procesales aquellas que instrumentan el procedimiento; son las que establecen las atribuciones, términos y los medios de defensa con que cuentan las partes para que con la intervención del juez competente, obtengan la sanción judicial de sus propios derechos, esos derechos nacen del procedimiento mismo, se agotan en cada etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula; por lo tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento, el legislador modifica la tramitación de ésta, suprime un recurso, amplía un término o modifica lo relativo a la valoración de las pruebas, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley, pues no se priva, con la nueva ley, de alguna facultad con la que ya se contaba, por lo que debe aplicarse esta última. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, abril de 1997, tesis I.8o.C. J/1, p. 178.

RETROACTIVIDAD INEXISTENTE EN MATERIA PROCESAL. Las leyes del procedimiento no pueden producir efectos retroactivos, dado que los actos de esa naturaleza, se rigen por las disposiciones vigentes en la época en que tuvieron verificativo, por tanto, si los artículos transitorios del decreto que contiene reformas a una ley procesal, no precisan la manera de aplicarla a los asuntos que se encuentran en trámite, deberá atenderse al estado en que se encuentre cada expediente en particular y así determinar si es jurídicamente posible la aplicación de las reformas, atendiendo es-

pecíficamente a la verificación de los actos de procedimiento, ya que sólo pueden aplicarse esas reformas a los actos procesales que se verifiquen a partir de la vigencia de las mismas, pues los emitidos necesariamente debieron observar las disposiciones legales vigentes en la fecha de su emisión sin poder acatar por lógica, las reformas que a esa época no cobraban aplicabilidad. De no ser así se cometería el error de exigir, en base a las reformas, que los actos procesales cumplieran con los requisitos que no les eran impuestos por la ley anteriormente vigente. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 72, diciembre de 1993, tesis XVI.1o. J/15, p. 89.

DERECHOS PROCESALES ADQUIRIDOS. CONCEPTO DE, EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Las partes de un juicio no adquieren el derecho a que se apliquen las normas procesales vigentes al momento del inicio de su tramitación durante todo su curso, toda vez que como el procedimiento judicial se compone de diversas etapas y de una serie de actos sucesivos, es inconcuso que los derechos adjetivos que concede la ley procesal sólo se van adquiriendo o concretando a medida que se actualizan los supuestos normativos correspondientes, en el desarrollo de la secuela procesal, y con antelación sólo deben reputarse como expectativas de derecho o situaciones jurídicas abstractas; de modo que una nueva ley de esta naturaleza entra en vigor de inmediato en los procedimientos en trámite, tocante a todos los actos ulteriores, respecto de los cuales no se haya dado esa actualización de los supuestos normativos; traduciéndose en un derecho adquirido específico o en una situación jurídica concreta para las partes en el caso. De ahí que, es incuestionable que si la sentencia definitiva en el juicio natural se emitió algún tiempo considerable posterior a la fecha en que entró en vigor la reforma al artículo 426, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ello pone de manifiesto que el supuesto normativo esencial para adquirir el derecho de interponer el recurso de apelación contra dicho fallo, consistente precisamente en la existencia de éste, no se dio durante la vigencia de la norma anterior, y por tanto, en ningún momento se constituyó un derecho adquirido o una situación jurídica concreta, por lo cual tampoco se vulneró el principio constitucional de irretroactividad de la ley en perjuicio del quejoso. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, febrero de 1991, tesis I.4o.C. J/33, p. 103.

C) Tampoco, en principio, la aplicación de la jurisprudencia puede configurar una vulneración del artículo 14, párrafo primero. En este caso, los tribunales federales entendían que la aplicación de la jurisprudencia no puede violar el principio de no retroactividad, ya que la jurisprudencia es la mera interpretación de la ley, no la ley misma, de forma que no puede crear, modificar o adicionar derechos y obligaciones en una determinada relación jurídica. El criterio tradicional sobre este punto que, como luego veremos, ha sido afortunadamente matizado o enriquecido por una tesis más reciente, es el siguiente:

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, primera parte, p. 110.

La tesis que se acaba de transcribir sería correcta si su premisa fuera cierta: que la jurisprudencia no aporta nada a lo que ya dispone la ley y que el juez, al interpretar la norma, hace una tarea simplemente aplicativa, sin añadir nada. Sin embargo, la visión del juez como mero aplicador mecánico de la ley ha sido dejada atrás desde hace mucho tiempo. Hoy en día sabemos que los jueces también crean derecho y que muchas tesis jurisprudenciales no solamente tienen carácter interpretativo, sino también integrador de las lagunas del ordenamiento. Por eso la tesis transcrita debe matizarse para reconocer que la jurisprudencia puede adoptar distintas formas; al menos dos: jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia integradora. En el primer caso se podría estar de acuerdo en que su aplicación no puede ser retroactiva porque se limita a aplicar una norma legal preexistente; en el segundo caso, en la medida en que está innovando el ordenamiento jurídico al incorporar elementos normativos que antes no existían, sí que puede ser retroactiva y, en esa medida, vulnerar el artículo 14 párrafo primero. De estos matices parece haberse dado cuenta la siguiente tesis, que ya corrige en parte el criterio anterior:

JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD. La jurisprudencia puede ser de distintos tipos: confirmatoria, o sea, aquella que simplemente corrobora el sentido claro y preciso de una ley; interpretativa, cuando determina el alcance de una norma legal definiendo su contenido; y supletoria, la que llena una laguna de la ley, por no haber previsto el legislador todas las hipótesis que pudieran presentarse sobre un problema jurídico determinado, caso en el que, ante el vacío de la ley, la jurisprudencia viene a constituir una verdadera fuente formal del derecho, al integrar al orden jurídico una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria. Esta jurisprudencia supletoria tiene su fundamento en el artículo 14 constitucional, que establece que en los juicios del orden civil la sentencia debe ser conforme a la letra o interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; así como en el artículo 18 del Código Civil Federal, que prescribe que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia. Así, el

juez o tribunal que a falta de una ley aplicable resuelve conforme a los principios generales del derecho, excede la función de mera interpretación, pues crea nuevas normas jurídicas y de esa forma los casos no previstos por las leyes son resueltos por la jurisprudencia, que adquiere obligatoriedad para ser aplicada por los tribunales. Ahora bien, en esa hipótesis la aplicación de la jurisprudencia está sujeta al principio de no retroactividad consignado en el artículo 14, primer párrafo, de la Constitución federal, porque, al igual que la ley, su ámbito temporal de validez se inicia en el momento de su emisión y publicación, que es cuando queda integrada al orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial era incompleto, por lo que no puede regir hacia el pasado sin contrariar la garantía de seguridad jurídica que consigna el referido precepto constitucional. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, marzo de 2000, tesis IV.1o.P.C.9 K, p. 1002.

Junto a los supuestos en que no se vulnera el principio de retroactividad, la jurisprudencia también se ha encargado de precisar otros extremos del alcance práctico del artículo 14 párrafo primero. Así, la jurisprudencia señala que se puede aplicar de forma retroactiva una ley en materia penal cuando favorezca a una persona:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA. Si bien es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 constitucional, la ley sustantiva penal sólo es aplicable durante su vigencia temporal, también lo es que la no retroactividad de la ley tiene una excepción en el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por ésta, la más favorable en sus efectos al delincuente. Sexta época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. segunda parte, CI, p. 50.

RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE LA. Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, también debe entenderse tal precepto en el sentido de que si es en beneficio del reo, se debe aplicar la nueva legislación; en tales circunstancias, el decreto que reforma adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 10 de enero de 1994 y con vigencia a partir del primero de febrero siguiente, atento a lo preceptuado por el artículo tercero transitorio del decreto citado, permite que se tenga en consideración lo ordenado por el artículo 56 del Código punitivo en cuestión, el cual fija la aplicación de la legislación más benéfica, lo que lleva a estimar que debe tenerse en consideración la nueva legislación y no la vigente al momento en que sucedieron los hechos, por lo que de todo se colige que la aplicación retroactiva de la

ley en beneficio de todo sentenciado resulta ser obligatorio para las autoridades judiciales, en su caso acorde con la legislación penal ordinaria. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 86-1, febrero de 1995, octava época, tribunales colegiados de circuito, tesis XXI.1º J/17, p. 55.

Ahora bien, la jurisprudencia distingue entre la aplicación en beneficio del reo de la legislación sustantiva y de la legislación procesal; en este segundo caso, la aplicación *pro reo* no funcionaría, tal como lo sostiene la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN BENEFICIO DEL REO. NO OPERA EN MATERIA ADJETIVA O PROCEDIMENTAL. Aun cuando es exacto que el principio de la irretroactividad recogido en el párrafo primero del artículo 14 de la Constitución federal tiene como excepción en materia penal aquellos casos en que la nueva ley es más benigna para el reo, lo que ha sido reconocido en forma unánime por la jurisprudencia, la doctrina y el derecho positivo; también lo es que tales hipótesis excepcionales, sin duda alguna, se refieren al aspecto sustantivo del delito y de la pena, mas no al adjetivo o procedimental, pues es de explorado derecho que el proceso se rige por la ley vigente en el momento en que cada diligencia se desarrolla, por lo que sería absurdo y contrario al principio de seguridad jurídica, pretender que las actuaciones realizadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley carezcan de todo valor probatorio por no ajustarse a los nuevos criterios adoptados por el legislador para su práctica, ya que de ser así los órganos jurisdiccionales no tendrían ningún soporte jurídico para establecer en sus sentencias que las autoridades investigadoras debieron observar en la práctica de aquellas diligencias requisitos que no existían en el momento en que se efectuaron. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 68, agosto de 1993, tesis XIX.1º. J/6, p. 91.

Pero el criterio anterior no se aplica a la libertad provisional bajo caución, para cuyo otorgamiento se debe tomar en cuenta la ley más favorable, como lo explica el siguiente criterio:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. DEBE APLICARSE LA LEY MÁS FAVORABLE AL PROCESADO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios en el sentido de que tratándose de leyes procesales no opera el principio de retroactividad en favor del reo; sin embargo, si el procesado solicita el beneficio constitucional de libertad provisional bajo caución, el juzgador no sólo debe tomar en cuenta la norma adjetiva que indica el procedimiento y requisitos de procedencia, sino también la norma sustantiva que contiene la conducta típica y la penalidad correspondiente, siendo que dicha norma será determinante para la concesión del beneficio; por tanto, si la norma adjetiva relativa a ese derecho, vigente al momento de los hechos le beneficia al solicitante y con motivo de una reforma le perjudica,

debe aplicarse la ley sustantiva en beneficio del gobernado conforme a lo establecido en el artículo 14 constitucional y concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución. En tales condiciones, si el delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado (con penalidad que en su término medio aritmético rebasa los cinco años de prisión) en el artículo 215, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, fue cometido antes de la reforma del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 15 de septiembre de 1999, tiempo en que dicho ilícito no estaba conceptualizado como grave, debe concederse dicho beneficio, y no negarse, por la circunstancia de que con motivo de esa reforma, el citado numeral 268 estableció que son delitos graves aquellos cuya penalidad en su término medio aritmético exceden de cinco años de prisión. Además, el régimen de libertad provisional, no obstante su regulación en una ley adjetiva, no debe considerarse como parte del procedimiento penal mismo, caso en el que sería aplicable el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino atendiendo a su naturaleza jurídica, de medida de carácter cautelar vinculada necesariamente con el delito objeto del proceso. En conclusión no se trata de normas procesales en estricto sentido las que rigen ese derecho a la libertad provisional sino que además se encuentran dotadas de cierto contenido restrictivo de una garantía fundamental, como es la libertad del individuo. De seguir el criterio contrario, se podría caer en el absurdo de que en una misma causa penal y en igualdad de circunstancias en cuanto al delito y a la fecha de comisión, existan procesados, algunos con derecho a libertad provisional y otros que no la obtuvieron por la aplicación del nuevo precepto. Novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, tesis I.1o.P.67 P, p. 1401.

El criterio sobre la retroactividad favorable en materia penal no se puede extender a la materia fiscal según la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. NO OPERA EN MATERIA FISCAL, AUN CUANDO SEA FAVORABLE AL CAUSANTE. La irretroactividad de la ley en perjuicio de los gobernados, es una garantía individual consagrada en el artículo 14 constitucional y la finalidad directa que percibe dicha garantía es que no se apliquen en forma retroactiva, en perjuicio de los gobernados, las distintas leyes que se expidan, mas no que al arbitrio de ellos se les apliquen en forma retroactiva las leyes que estimen les favorezcan. La citada garantía debe entenderse como el derecho del gobernado a reclamar la inconstitucionalidad de cualquier ley que se le pretenda aplicar retroactivamente en su perjuicio, pero no como un derecho para exigir que se le aplique determinada ley en forma retroactiva simplemente porque le favorezca, máxime en una materia como la fiscal en que las normas respectivas son de observancia estricta. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-2, enero a junio de 1988, p. 605.

Este criterio parece razonable para no “congelar” el ordenamiento tributario; en efecto, si no se establece el principio de no aplicación retroactiva de la ley fiscal más favorable, se podría reclamar cualquier modificación positiva en el régimen tributario. Para complementar la tesis que se acaba de transcribir conviene considerar también la siguiente:

CONTRIBUCIONES. LAS LEYES QUE LAS INCREMENTAN NO VIOLAN LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. Esta garantía, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que una ley no puede contener disposiciones que regulen hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia o afectar derechos adquiridos; el Congreso de la Unión, en ejercicio de la potestad tributaria que la propia Constitución le confiere, anualmente determina las contribuciones del año fiscal correspondiente, y cuando las incrementa hacia el futuro, es claro que no afecta situaciones anteriores y los particulares no pueden alegar violación a dicha garantía, porque no tienen el derecho adquirido para pagar siempre sobre una misma base o tasa, ya que contribuir al gasto público es una obligación de los mexicanos consagrada en el artículo 31, fracción IV, constitucional, y no un bien que ingrese al patrimonio del contribuyente. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis P./J. 105/99, p. 27.

Como puede verse, el principio de no retroactividad establecido por el artículo 14, párrafo segundo, ha dado lugar a una variada casuística, debido en muy buena medida al carácter indeterminado y abierto de la propia disposición, que adoptando una redacción típica del llamado “constitucionalismo de principios” se manifiesta a través de una norma incompleta; es decir, el artículo 14 párrafo primero establece la consecuencia (no podrán aplicarse de forma retroactiva las leyes), pero no el supuesto de su propia aplicación (no define cuándo una norma es retroactiva ni qué se debe entender por aplicación retroactiva). En virtud de esa indeterminación del supuesto, la jurisprudencia ha tenido que ir delimitando las cuestiones básicas en torno a la no retroactividad, comenzando por concretar nada menos que el supuesto —es decir, la situación fáctica— en el que el artículo 14, párrafo primero, tiene aplicabilidad.

VI. EL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO SEGUNDO

El artículo 14 constitucional en su párrafo segundo dispone lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Como puede apreciarse, se trata de una fórmula compleja, que como en el caso del párrafo primero del propio artículo 14 contiene muchos elementos normativos no especificados y por tanto debe ser estudiada en cada una de sus partes.

Esto es lo que vamos a hacer a continuación, descomponiendo la disposición transcrita del artículo 14 en varias partes a fin de intentar alcanzar una mejor comprensión de su contenido. Antes de eso, sin embargo, conviene señalar a título de análisis general que la disposición del artículo 14 tiene un alcance subjetivo universal; es decir, es aplicable a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, ya que las palabras “Nadie podrá ser privado...” significan —*a contrario sensu*— que todos están protegidos en contra de los actos privativos que se pretendan llevar a cabo sin apegarse a lo que dispone el resto del párrafo en cuestión.

1. *Actos privativos*

Lo primero que hay que hacer para comprender el sentido del artículo 14, párrafo segundo, es delimitar su universo aplicativo, es decir, saber a qué cuestiones se puede aplicar; para ello hay que definir qué es un acto privativo, que es a lo que se refiere ese precepto cuando señala que “Nadie podrá ser *privado*...”.

En virtud de la ya mencionada indeterminación semántica del precepto en cuestión, debemos de nuevo guiarnos por los pronunciamientos jurisprudenciales, que han jugado un papel central para su adecuada comprensión. La jurisprudencia ha definido el acto privativo oponiéndolo al concepto de acto de molestia que está previsto en el artículo 16 constitucional. El criterio jurisprudencial más relevante al respecto es el siguiente (las cursivas son agregadas):

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo ordenamiento supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución federal distingue y regula de manera diferente los *actos privativos* respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que *son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado*, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de

un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción *debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional*. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, julio de 1996, tesis P./J. 40/96, p. 5.

El criterio anterior nos indica que estaremos frente a un acto privativo siempre que una actuación de la autoridad produzca una disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado; si esa merma o menoscabo es solamente provisional entonces no estaremos ante un acto de este tipo y no se aplicaran los requisitos que establece el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Habiendo definido, con apoyo de la jurisprudencia, el concepto del “acto privativo”, hay que mencionar los bienes jurídicos que protege el párrafo segundo del artículo 14 constitucional; esos bienes son la vida, la libertad, las propiedades, las posesiones y los derechos. Varios de esos bienes ya han sido estudiados en los capítulos precedentes (sobre el derecho a la vida y sobre la libertad nos hemos detenido en el capítulo tercero) y otros lo serán más adelante (la propiedad dentro de este mismo capítulo). De los demás bienes tutelados, el que ha generado algunos pronunciamientos jurisprudenciales interesantes es el de la posesión. La cuestión principal está en determinar si el mandato del artículo 14 protege la posesión como mera tenencia material o si se exige algún título jurídico que justifique y legitime esa posesión. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido los siguientes criterios:

POSESIÓN. PARA QUE SEA OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO

DEL ORDEN CIVIL, DEBE ACREDITAR SU DERECHO A POSEER CON UN TÍTULO SUSTENTADO EN ALGUNA FIGURA JURÍDICA O PRECEPTO DE LAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS RELATIVAS. En virtud de que de los antecedentes y reformas al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprende la existencia de datos o elementos que puedan servir para determinar qué tipo de posesión es la que debe protegerse mediante el juicio de amparo, esto es, si se trata de aquella que se funda en un título sustentado en una figura jurídica prevista en la ley que genere el derecho a poseer o si es la simple tenencia material de las cosas, independientemente de que se tenga o no derecho de posesión sobre éstas, es indudable que se debe recurrir al estudio e interpretación de las disposiciones legales que han regulado y regulan esa institución, y de las que colateralmente se relacionan con ellas, así como atender de manera especial a los graves problemas y consecuencias que en la práctica presenta el no exigir título alguno, por lo que la posesión protegida por la citada disposición constitucional no es otra que la definida por el derecho común. Sin embargo, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal (similar al de todas las legislaciones civiles locales del país), es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, debe entenderse que tal poder no constituye un hecho con consecuencias jurídicas, sino más bien la manifestación del derecho que se tiene para poseer un bien determinado, que debe tener origen en alguna de las figuras contempladas en las legislaciones relativas; por tanto, para que la posesión sea objeto de protección a través del juicio de amparo indirecto, cuando el quejoso se ostenta como persona extraña al juicio civil, es necesaria la existencia de un título que se sustente en alguna figura jurídica o precepto legal que genere el derecho a poseer, de manera que el promovente tenga una base objetiva, que fundada y razonablemente produzca la convicción de que tiene derecho a poseer el bien de que se trate, entendiéndose por título la causa generadora de esa posesión. No obstante lo anterior, las decisiones del órgano de control de constitucionalidad sobre la eficacia del título, tienen efectos exclusivos en el juicio de garantías, sin decidir sobre el derecho sustantivo, esto es, respecto del derecho a la posesión del bien relativo, ya que estas cuestiones deberán ser dilucidadas ante la potestad común. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, febrero de 2002, novena época, pleno, tesis P/J. 1/2002, p. 5.

POSESIÓN. LA SOLA PRESENCIA FÍSICA EN UN INMUEBLE NO BASTA PARA ACREDITARLA. Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis de jurisprudencia número 213, publicada en la p. 624, cuarta parte, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985*, estableció el criterio en el sentido de que, demostrado el hecho de la posesión, ésta debe ser respetada en acatamiento al artículo 14 constitucional, sin que los jueces tengan facultades para decidir si es de buena o mala fe, y en la segunda tesis relacionada con dicha jurisprudencia, el propio alto tribunal sostuvo que el único elemento que debe exigirse para la comprobación de la posesión en el juicio de amparo, es el relativo a la tenencia material de la cosa o bien

cuestionado; tales criterios se refieren a que para otorgar la protección constitucional no es necesario que se acredite que la posesión que se detenta es de buena o mala fe, mas no a que la sola ocupación material de una cosa sea protegible mediante el artículo 14 constitucional, ya que de aceptar esto como correcto, se llegaría al extremo de que, tratándose de actos relativos a la desocupación de un inmueble, por virtud del juicio reivindicatorio, podrían promoverse tantos juicios de amparo como miembros tuviera la familia de quien se ostenta como poseedor de la finca y debería otorgarse la protección constitucional en cada caso, en la medida en que se acreditara que materialmente ocupaban el inmueble de que se tratara, lo que, evidentemente, no es correcto. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, segunda parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 608.

2. *Formalidades esenciales del procedimiento*

El mismo párrafo segundo del artículo 14 constitucional exige que todo acto privativo sea dictado por tribunales previamente establecidos, en un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

El concepto de “formalidades esenciales del procedimiento” es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas. Con este vocablo, la Constitución hace referencia, en parte, a lo que en otros sistemas jurídicos se denomina el “debido proceso” o también el “debido proceso legal”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso legal se refiere al

conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.⁶⁸

Al respecto la jurisprudencia mexicana ha sostenido la siguiente tesis, que es importante en la medida en que descompone los elementos que integran la “fórmula compleja” que contiene el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al goberna-

⁶⁸ Se trata de un criterio contenido en varios pronunciamientos de la Corte; por ejemplo, en el “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 102 y en Opinión Consultiva 18/03, párrafo 123.

do la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, diciembre de 1995, tesis P/J. 47/95, p. 133.

Como se desprende de esta tesis, las formalidades esenciales del procedimiento protegen en México el llamado “derecho de audiencia”, que estudiaremos en los siguientes párrafos.

La primera formalidad esencial de todo procedimiento es que la parte afectada sea llamada ante el órgano de autoridad a fin de que pueda defenderse correctamente; el ser llamado no solamente comprende la posibilidad de que el particular sea “avisado” de que se pretende ejecutar un acto privativo en su contra o de que existe un procedimiento que pudiera culminar con la emisión de un acto privativo, sino que —de forma más amplia— exige poner a su disposición todos los elementos que le permitan tener una “noticia completa”, tanto de una demanda interpuesta en su contra (incluyendo los documentos anexos) como en su caso del acto privativo que pretende realizar la autoridad.⁶⁹ Además de ser llamado, el particular debe tener la oportunidad de ofrecer pruebas y de que esas pruebas sean desahogadas. En tercer lugar, el particular debe tener el derecho de ofrecer alegatos y de que esos alegatos sean tomados en cuenta por la autoridad; los alegatos, nos indica Héctor Fix-Zamudio, son “la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso”.⁷⁰

En cuarto lugar, el derecho de audiencia comprende la obligación del órgano público de dictar una resolución en la que dirima las cuestiones planteadas por las partes.

⁶⁹ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 117.

⁷⁰ “Alegatos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. I, p. 215.

La jurisprudencia sobre el derecho de audiencia es muy abundante. Los diversos criterios jurisprudenciales han ido construyendo y dándole contenido a ese derecho, que en buena medida está indeterminado en el texto constitucional. Entre las tesis más interesantes se encuentran las siguientes:

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 constitucional destaca, por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa de los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, enero de 1991, p. 153.

GARANTÍA DE AUDIENCIA. SE INTEGRA NO SÓLO CON LA ADMISIÓN DE PRUEBAS SINO TAMBIÉN CON SU ESTUDIO Y VALORACIÓN. La garantía de audiencia a que se refiere el texto del artículo 14 constitucional se integra, no sólo admitiendo pruebas de las partes sino, además, expresando las razones concretas por las cuales, en su caso, dichas probanzas resultan ineficaces a juicio de la responsable. Por ello, si la resolución que puso fin a un procedimiento fue totalmente omisa en hacer referencia alguna a las pruebas aportadas por la hoy quejosa, es claro que se ha cometido una violación al precepto constitucional invocado, lo que da motivo a conceder el amparo solicitado, independientemente de si el contenido de tales probanzas habrá o no de influir en la resolución final por pronunciarse. Tal criterio, que se armoniza con los principios jurídicos que dan a la autoridad administrativa la facultad de otorgarle

a las pruebas el valor que crea prudente, es congruente, además, con la tendencia jurisprudencial que busca evitar la sustitución material del órgano de control constitucional, sobre las autoridades responsables, en una materia que exclusivamente les corresponde como lo es, sin duda, la de apreciación de las pruebas que les sean ofrecidas durante la sustanciación del procedimiento. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, noviembre de 1998, tesis I.3o.A. J/29, p. 442.

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO [TAMBIÉN] MATERIAL. La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y de alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, abril de 1998, tesis P. XXXV/98, p. 21.

La jurisprudencia, aparte de abordar aspectos generales como los que se encuentran referidos en las tesis precedentes, también ha indagado el sentido del derecho de audiencia sobre actos de autoridad que suponen una especial afectación de ciertos derechos fundamentales y que tradicionalmente han sido dictados en un claro abuso de las funciones que les corresponden a las autoridades. Es el caso de las clausuras de establecimientos mercantiles, que son actos que generan no solamente graves perjuicios económicos para los particulares, sino también importantes fenómenos de corrupción. Sobre el derecho de audiencia en el caso de las clausuras se ha emitido la siguiente tesis:

CLAUSURAS. GARANTÍA DE AUDIENCIA. La Suprema Corte ha siempre estimado que conforme a la garantía de audiencia, consagrada en el artículo 14 constitucional, las autoridades administrativas no pueden privar a ningún gobernado de sus propiedades, posesiones o derechos, sin cumplir las leyes esenciales de un procedimiento,

aun cuando no tenga que acudir a los tribunales para tomar y ejecutar decisiones dentro de su esfera administrativa de competencia. Y esas leyes esenciales del procedimiento, o debido proceso legal, como también se les suele llamar, contiene básicamente la garantía de audiencia, conforme a la cual las autoridades no pueden afectar los derechos de un ciudadano sin oírlo previamente en defensa. Esto implica que antes de afectarlo, deben darle a conocer en forma plena y cabal todos los elementos de hecho y de derecho para actuar en su contra, y deben darle también oportunidad de probar y de alegar lo que a su derecho convenga, es decir, de probar los hechos en que funde su defensa y de desvirtuar los hechos aducidos en contra de sus intereses, y de formular los alegatos legales que correspondan con vista a las probanzas existentes. Todo ello, previamente a que la autoridad, tomando en cuenta esas pruebas y alegatos, dicte la resolución de afectación, e independientemente de que el acta de inspección que funde una resolución, para que pueda servir de fundamento a esa resolución final, satisfaga a sí misma los requisitos que señala el artículo 16 constitucional, para que pueda tener validez legal, e independientemente también de que la resolución deba estar adecuadamente fundada y motivada. Siendo de notarse que cuando se trata de reglamentar el comercio, en cuanto tal, su ejercicio sólo puede restringirse o reglamentarse por las autoridades con base en la ley del Congreso, cuando se afecte el orden público, conforme a los artículos 5o. y 73, fracción X, de la Constitución federal. Y la clausura de un establecimiento mercantil, que ciertamente afecta al gobernado en sus derechos civiles y mercantiles, y en su derecho constitucional de ejercer el comercio (artículo 5o.) en principio no es ninguna excepción a la exigencia constitucional de que se respete la garantía de audiencia. O sea que si un inspector, por ejemplo, encuentra alguna irregularidad que pudiera ameritar como sanción la clausura temporal o definitiva, se debe abrir un procedimiento administrativo al que se emplace legalmente al afectado, para darle oportunidad legal previa de probar y alegar y, posteriormente con pruebas y alegatos o sin ellos (si el afectado no comparece a pesar de haber sido notificado legalmente, o si no rinde pruebas o no formula alegatos, a pesar de haber comparecido), se aplicará la sanción de clausura. La única manera de que pudiera procederse a la clausura, sin respetar la garantía de audiencia en forma previa, sería el caso en que hubiese un peligro claro y presente de índole extraordinariamente grave para la paz o salud públicas, que por su naturaleza excepcional no permitiese la menor demora en la aplicación de la sanción de clausura, cuestión que tendría que examinarse muy rigurosamente, en su oportunidad y en su caso, a la luz de los elementos probatorios rendidos al respecto por las autoridades y los quejosos. Ahora bien, si la situación no es tan grave y no se está en la situación de excepción apremiante que se mencionó, sino que se trata de faltas de otro tipo como cerrar a deshoras o al servir a personas en estado de ebriedad, etcétera, ciertamente no se está frente al peligro claro, grave e inminente de un gran daño a la paz o salud públicas por lo que no se justifica que se aplique la sanción administrativa sin respetar la garantía de previa audiencia. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 109-114, sexta parte, p. 43.

Ya mencionamos que, como regla general, el derecho de audiencia debe ser previo a la ejecución del acto privativo; hay sin embargo algunos casos que la jurisprudencia ha considerado como excepciones a esa regla general. Así se desprende de las siguientes tesis:

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma ley suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia carta magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, marzo de 1998, tesis P. XVIII/98, p. 28.

EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia carta magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia ley fundamental. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, junio de 1997, tesis P./J. 65/95, p. 44.

Esta tesis no me parece muy apropiada, ya que en términos del artículo 27 constitucional una expropiación solamente se puede llevar a cabo cuando exista una causa de interés público que justifique que se prive a un particular de su propiedad mediante indemnización. Si se permitiera la garantía de audiencia previa el particular podría intentar desvirtuar el argumento de la autoridad so-

bre la existencia o no de dicha causa, lo cual sería muy importante para evitar la privación de sus bienes y propiedades.⁷¹

AUDIENCIA PREVIA. LA EXCEPCIÓN A DICHA GARANTÍA, TRATÁNDOSE DE LA MATERIA TRIBUTARIA, OPERA ÚNICAMENTE RESPECTO DE ACTOS RELACIONADOS CON CRÉDITOS FISCALES DERIVADOS DE LA FALTA DE PAGO DE UNA CONTRIBUCIÓN O DE SUS ACCESORIOS. Del análisis de las ejecutorias que integran la jurisprudencia de este alto tribunal publicada con el número 110, en la página 141, del tomo I, materia constitucional, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, de rubro: “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. EN MATERIA IMPOSITIVA, NO ES NECESARIO QUE SEA PREVIA”, se advierte que en ellas se sostuvo que, en atención a que el cobro de las contribuciones resulta indispensable para el sostenimiento de las instituciones del Estado, así como para la prestación de diversos servicios públicos que están a cargo de diferentes órganos de éste, la recaudación de los ingresos de naturaleza tributaria no puede estar supeditada a que previamente se escuche a los gobernados que se ubican en las hipótesis de hecho que dan lugar al cobro de alguna contribución, pues de lo contrario, podría llegar el momento en que las instituciones y el orden constitucional desaparecieran o se vieran gravemente afectados por falta de elementos económicos. En este tenor, toda vez que el referido criterio jurisprudencial constituye una excepción al principio general que deriva de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe estimarse que únicamente es aplicable respecto de los actos de las autoridades hacendarias que tienen como finalidad realizar la determinación o el cobro de contribuciones y sus accesorios, es decir, de las prestaciones patrimoniales de carácter público que, regidas por lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, de la propia norma fundamental, son establecidas por los órganos del Estado que están dotados de potestad tributaria y tienen como finalidad fundamental sustentar el gasto público, así como respecto de las diversas prestaciones que se generen como consecuencia de la falta de pago oportuno de aquéllas; es decir, la excepción a la garantía de audiencia previa que rige en materia tributaria únicamente es aplicable respecto del cobro de contribuciones, mas no en relación con otras prestaciones patrimoniales que en el ámbito federal, según lo dispuesto en el artículo 4o., párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación, también dan lugar a la generación de créditos fiscales. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, julio de 2002, tesis 2a. LXXII/2002, p. 446.

Un problema que se ha generado en la práctica respecto de la observancia por parte de las autoridades del derecho de audiencia y, en general, de las formalidades esenciales del procedimiento, tiene que ver con el hecho de que al-

⁷¹ Ver, en el mismo sentido, las consideraciones de Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 109.

gunas leyes no establecían el procedimiento necesario para notificar a los afectados, recibir y valorar pruebas, posibilitar la formulación de alegatos o regir la emisión de las resoluciones. Ante estas lagunas, la jurisprudencia ha considerado que el derecho de audiencia debe respetarse incluso si la ley no contempla alguno de los aspectos mencionados; es decir, el órgano encargado de emitir un acto privativo debe observar las formalidades esenciales del procedimiento aplicando directamente la Constitución, incluso frente a una ley omisa.⁷²

Un elenco más o menos detallado de las violaciones que se pueden dar del mandato constitucional que ordena observar las “formalidades esenciales del procedimiento”, se puede encontrar en los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo.

El concepto de formalidades esenciales del procedimiento, que como acabamos de ver no está definido en el texto constitucional sino que ha sido dotado de contenidos concretos por la jurisprudencia, no debe tener un carácter cerrado. Es decir, se puede estar de acuerdo en que, siguiendo la línea jurisprudencial que ya se ha expuesto, las formalidades esenciales del procedimiento se manifiesten en un núcleo duro e irreductible (una especie de “contenido esencial”) compuesto por la notificación o emplazamiento, la posibilidad probatoria en sentido amplio (ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas), el derecho de formular alegatos y la obligación de las autoridades de dictar una resolución resolviendo la cuestión planteada; pero ese núcleo duro puede verse ampliado por la naturaleza de cierto tipo de casos. Por ejemplo, en procedimientos judiciales en los que estén involucrados menores de edad o personas con discapacidad, deben exigirse otras formalidades esenciales, como la asistencia del Ministerio Público o ciertas medidas precautorias para asegurar los intereses de la parte más débil.

Aunque sería imposible en este momento hacer una lista exhaustiva de todas las formalidades esenciales que deben existir en los distintos procesos jurisdiccionales, lo que debe quedar claro es que el concepto mismo de “formalidades esenciales” es un concepto abierto, y que en ese sentido puede y debe ser ampliado por la jurisprudencia siempre que se esté ante un procedimiento jurisdiccional dirigido a realizar un acto privativo que, por sus características especiales, amerite una especial tutela de los intereses en juego. Un ejemplo de la forma en la que pueden ser ampliadas las “formalidades esenciales” lo encontramos en una importante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia al derecho a la información consular que les es

⁷² Ver la tesis “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1985, segunda sala, octava parte, p. 112.

aplicable a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional. A estudiar esa opinión consultiva se dedica el siguiente apartado.

Derecho a la información consular

La Opinión Consultiva 16/99 tiene un doble interés para efectos de nuestra exposición;⁷³ por una parte, se trata de una opinión solicitada por el gobierno mexicano, cuyo planteamiento se debe en gran medida al maltrato que reciben los mexicanos residentes en Estados Unidos, maltrato que como veremos en seguida puede ser entendido como una violación de derechos fundamentales. Por otro lado, la Opinión se refiere a las formalidades que deben ser observadas en el marco de un proceso, incidiendo de esa forma en la interpretación correcta que debe hacerse del párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Aunque la OC 16/99 se refiere a muchos aspectos de orden procedimental sobre los que no podemos detenernos en este momento (por ejemplo en relación con la aplicabilidad de ciertos tratados a los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos o respecto a los alcances de la propia función consultiva de la Corte), hay cuestiones de fondo de las que se pueden extraer importantes consecuencias.

La Corte recuerda que entre las consideraciones que dieron lugar a la consulta de México se encuentra el hecho de que el gobierno había hecho gestiones en favor de nacionales mexicanos detenidos por las autoridades estadounidenses que no habían sido informados de su derecho a la asistencia consular; en algunos casos, los mexicanos detenidos habían sido condenados a la pena de muerte (párrafo 46).

Hay que considerar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la que forman parte tanto Estados Unidos como México, establece en su artículo 36 lo siguiente:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

A) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos;

B) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente de ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de

⁷³ Su texto puede ser consultado en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1003-1097.

cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

C) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello...

A partir del texto del artículo que se acaba de transcribir, y concretamente del apartado A, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la OC 16/99, sostuvo que a veces era complicado determinar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular. La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informar del derecho de comunicación consular, de modo que el Estado debe informarle de ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Un aspecto planteado por México tiene que ver con los alcances del artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de que la información sobre el derecho de comunicación consular se le debe dar a la persona detenida “sin dilación”. Para la Corte, al determinar el sentido de esa expresión se debe tener en cuenta la finalidad a la que sirve la notificación al inculcado del derecho que le asiste. En este sentido, la Corte afirma que

Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto... la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad [párrafo 106].

México consultó también si el derecho a la información consular podía enmarcarse, a la luz del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro de las garantías posibles para asegurar un juicio justo. A partir de este planteamiento, la Corte vincula el derecho de información consular con el concepto más amplio del debido proceso legal. Conviene sin embargo reparar ahora en las consideraciones de la Corte sobre los alcances del “debido proceso legal”.

Para la Corte, la regulación de los procedimientos judiciales se ha ido enriqueciendo con la aparición de nuevos derechos en favor de los justiciables. Es decir, la Corte admite el carácter dinámico del proceso y asume la historicidad de los derechos al reconocer que el catálogo que los contiene —tanto en el ámbito nacional como en el internacional— no está cerrado y, en consecuencia, puede irse enriqueciendo progresivamente.

En opinión de la Corte,

para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados... [párrafo 117].

La Corte vincula las garantías procesales del artículo 14 del Pacto con el derecho a la información consular y con el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales (lo que en el capítulo segundo *supra* hemos llamado la igualdad *ante* la ley y la igualdad *en* la ley). La Corte señala que

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas [párrafo 119].

Las anteriores consideraciones justifican que se provea de traductor a la persona que desconoce el idioma en que se desarrolla el proceso y que se atribuya al extranjero que está siendo procesado el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular (párrafo 120).

El derecho a la información consular forma parte, según la Corte, de las garantías mínimas que son necesarias para brindar a todo extranjero la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (párrafo 122).

Otra cuestión planteada por México tenía que ver con las consecuencias de la violación por parte del Estado receptor de la obligación de informar al detenido sobre su derecho a comunicarse con su consulado. La Corte, al emitir su criterio sobre esta cuestión, recuerda que la pena de muerte es una medida de carácter irreversible y que, por tanto, el Estado debe ser muy estricto y riguroso con la observancia de las garantías procesales (párrafo 136).

Para la Corte, si se viola el derecho a la información consular del artículo 36 de la Convención de Viena se afectan las garantías del debido proceso legal y con ello la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4o. y 6o., respectivamente).

La OC 16/99 se cierra con los votos concurrentes de los jueces Cancado Trindade y García Ramírez, y con un voto parcialmente disidente del juez Jackman. Me interesa recuperar algunos pasajes del voto de García Ramírez.⁷⁴

⁷⁴ El texto se encuentra en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1094-1097.

Para el juez García Ramírez la OC 16/99 es importante en la medida en que afecta a una “zona crítica” de los derechos fundamentales, pues se trata de un ámbito en el que “se halla en más grave riesgo la dignidad humana”. Sobre las consecuencias de violar el derecho a la información consular García Ramírez afirma que

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

Para García Ramírez el criterio adoptado en la OC 16/99 refleja una evolución importante del proceso penal y contribuye a racionalizar la administración de justicia:

La admisión de este criterio —apunta nuestro juez— contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

Antes de terminar este apartado quisiera apuntar dos cuestiones conclusivas que pueden resultar obvias. Por una parte, que la interpretación de la Corte a petición del gobierno mexicano por la situación de nuestros nacionales en Estados Unidos, resulta del todo aplicable al propio gobierno mexicano. Es decir, que las autoridades mexicanas, al detener a una persona extranjera, deberán notificarle de inmediato el derecho que le asiste para contar con asistencia de la representación consular de su país y, con posterioridad, deberán permitir al personal de esa representación llevar a cabo todas las actividades relacionadas con esa asistencia.

Por otro lado, podemos concluir que en términos generales es obvio que las formalidades esenciales del procedimiento pueden ser ampliadas por los tratados internacionales; con frecuencia sucede que en efecto los tratados dan una cobertura protectora más amplia en casos de detención y procesamiento. Un ejemplo de esa ampliación puede encontrarse en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que como ya vimos fue mencionado por la Corte Interamericana en la OC 16/99.

3. *Tribunales previamente establecidos*

Cuando el párrafo segundo del artículo 14 constitucional se refiere a los “tribunales previamente establecidos” como los órganos encargados de conocer de los juicios en los que, observando las formalidades esenciales del procedimiento, se puede llevar a cabo un acto de privación de la vida, la libertad, la propiedad, la posesión o los derechos, en realidad lo que está prescribiendo es el derecho que tenemos a ser juzgados por el juez predeterminado por la ley. El de “juez predeterminado por la ley” es un concepto técnico-jurídico que va más allá del simple aspecto competencial y que se resuelve en una serie de mecanismos de seguridad jurídica en favor de los particulares.⁷⁵

La jurisprudencia mexicana ha entendido que cuando el artículo 14 se refiere a los tribunales previamente establecidos no está haciendo referencia solamente a autoridades judiciales en sentido formal, sino que el mandato constitucional también se proyecta sobre todas las autoridades que tienen competencia legal para llevar a cabo actos privativos;⁷⁶ esto es particularmente aplicable a los tribunales administrativos o a los actos de las autoridades administrativas seguidos en forma de juicio.

El derecho al juez predeterminado por la ley consiste en el derecho de las partes dentro de un procedimiento o juicio a que la creación, constitución, competencia y composición del órgano que va a conocer de un asunto sea anterior en el tiempo a la acción por medio de la cual da comienzo el procedimiento.⁷⁷ El derecho en cuestión requiere la actuación, en primer lugar, del Poder Legislativo, ya que debe ser la ley la que defina el ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales.⁷⁸ Se trata, por tanto, de un derecho de configuración legal.

Pero el legislador no tiene completa libertad para establecer las competencias y los presupuestos organizativos de los juzgados y tribunales;⁷⁹ un primer límite a la libertad legislativa de configuración de la competencia judicial se

⁷⁵ En general sobre este tema, Diego Díez, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.

⁷⁶ Ver la tesis “TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. COMPETENCIA PARA PRIVAR DE PROPIEDADES Y POSESIONES A LOS PARTICULARES. APARATOS MUSICALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 18, p. 85.

⁷⁷ En sentido parecido Diego Díez, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., p. 27.

⁷⁸ Ver las observaciones de Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 114.

⁷⁹ Sobre el mismo tema, en referencia al ordenamiento jurídico español, Diego Díez, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., pp. 30 y ss.

encuentra en el artículo 17 constitucional párrafo tercero, que dispone la obligación del legislador de establecer los medios necesarios para asegurar la independencia de los tribunales. En consecuencia, el legislador debe siempre preservar los principios de la independencia judicial; no podría, por ejemplo, disponer que un secretario de Estado pueda remover de su cargo a un juez o a un magistrado, ya que esa medida iría claramente en contra de la independencia judicial que el legislador debe preservar por mandato del ya mencionado artículo 17.

La disposición del artículo 14 que estamos estudiando sirve, además de lo dicho, para reforzar el mandato del artículo 13 constitucional cuando se refiere a la prohibición de que existan tribunales especiales. Aunque no es lo mismo la exigencia de que los actos privativos sean dictados por tribunales “previamente establecidos” que la prohibición de que existan “tribunales especiales”, lo cierto es que ambos mandatos constitucionales contribuyen a enfatizar que los órganos judiciales deben haber sido creados con anterioridad a los hechos que vayan a juzgar y que su competencia debe estar señalada también con anterioridad en una norma de rango legal.

VII. LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL (ARTÍCULO 14, PÁRRAFO TERCERO)

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece el principio de legalidad en materia penal. Es uno de los temas más clásicos en el ámbito de los derechos humanos, pues es en el campo de lo penal donde tales derechos se han violado con mayor intensidad en la historia de la humanidad. De hecho, una de las más importantes reivindicaciones del pensamiento ilustrado a partir del cual se comienzan a estructurar los modernos Estados constitucionales es la racionalización del poder penal y la humanización de las penas.

Las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, eran consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político a la que hicimos referencia en el capítulo tercero al tratar el tema de la libertad religiosa. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano. Luis Prieto resume en un párrafo brillante el proceso evolutivo del derecho penal como consecuencia de la secularización:

Esa secularización supone, como es obvio, una propuesta en favor de la destipificación de los delitos religiosos, pero, más allá, supone también una nueva concepción del derecho penal y procesal, que alcanza de forma global a todos sus aspectos desde una perspectiva utilitaria. De entrada, el objeto del ordenamiento penal ya no puede ser la expiación del pecado o la cura de la enfermedad moral que revela el crimen, sino la tutela del derecho ajeno mediante la represión de las conductas externas lesivas de tales derechos; sólo los actos externos que atenten contra otras personas o contra la sociedad, no los pensamientos ni los meros vicios morales, pueden ser objeto de represión, pues a ello se reducen las exigencias de utilidad social. La pena ha de ser asimismo útil para la prevención del delito, proporcional al mismo y sólo con el grado de severidad imprescindible para conseguir sus fines. La tipificación de los delitos y de las penas ha de corresponder, a su vez, a leyes simples, claras, taxativas e irretroactivas, de manera que su aplicación garantice la máxima certeza posible, eliminando la discrecionalidad circunstancial tanto del juez como del soberano. Finalmente, el proceso ha de abandonar el modelo inquisitivo dominado por el secreto y la prueba legal, y donde el juez aparece como un enemigo del inculcado, para acoger el modelo acusatorio e informativo, basado en la imparcialidad del juez, en la publicidad y contradicción entre las partes, en la libre convicción judicial a partir de un material probatorio acumulado bajo los principios de presunción de inocencia y de igualdad entre acusación y defensa.⁸⁰

El párrafo tercero del artículo 14 abre una amplia serie de disposiciones constitucionales referidas al derecho penal que se encuentran tanto en el propio artículo 14, como en los artículos 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Se trata de cuestiones que afectan al núcleo mismo de la autonomía personal y que por tanto deben estar especialmente reguladas por el ordenamiento jurídico; en particular, tuteladas por los derechos fundamentales, sobre todo teniendo en cuenta los enormes atropellos contra la dignidad humana que se han cometido y se siguen cometiendo mediante el uso del poder represivo del Estado.

El texto del párrafo tercero del artículo 14 constitucional es el siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

De este párrafo conviene estudiar tres aspectos distintos en los que se concreta el principio de legalidad en materia penal: *a)* la reserva de ley en materia penal, *b)* el principio de taxatividad penal, y *c)* la prohibición de analogía, dentro de cuya exposición haremos referencia también al principio de mayoría de

⁸⁰ “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, en López García, José Antonio y Real, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 43.

razón. Adicionalmente también abordaremos la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a las leyes penales, cuestión que no está expresamente establecida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, pero que se puede desprender el conjunto del sistema de derechos fundamentales y, en particular, de la forma en que los derechos de libertad se proyectan hacia el legislador ordinario.

Aunque el párrafo tercero del artículo 14 se refiere específicamente a la materia penal, debe entenderse —en una interpretación garantista— que sus principios deben observarse en todas las materias que sean susceptibles de imponer sanciones a los particulares; así pues, los principios de reserva de ley, de taxatividad y de proporcionalidad se deben entender como aplicables al derecho administrativo sancionador y al derecho electoral sancionador, por mencionar solamente dos casos. Aunque no existen muchos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, uno de los más importantes y acertados es la siguiente tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL. Los principios contenidos y desarrollados por el derecho penal, le son aplicables *mutatis mutandis*, al derecho administrativo sancionador. Se arriba a lo anterior, si se considera que tanto el derecho administrativo sancionador, como el derecho penal son manifestaciones del *ius puniendi* estatal; de las cuales, el derecho penal es la más antigua y desarrollada, a tal grado, que casi absorbe al género, por lo cual constituye obligada referencia o prototipo a las otras especies. Para lo anterior, se toma en cuenta que la facultad de reprimir conductas consideradas ilícitas, que vulneran el orden jurídico, es connatural a la organización del Estado, al cual el Constituyente originario le encomendó la realización de todas las actividades necesarias para lograr el bienestar común, con las limitaciones correspondientes, entre las cuales destacan, primordialmente, el respeto irrestricto a los derechos humanos y las normas fundamentales con las que se construye el estado de derecho. Ahora, de acuerdo a los valores que se protegen, la variedad de las conductas y los entes que pueden llegar a cometer la conducta sancionada, ha establecido dos regímenes distintos, en los que se pretende englobar la mayoría de las conductas ilícitas, y que son: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. La división del derecho punitivo del Estado en una potestad sancionadora jurisdiccional y otra administrativa, tienen su razón de ser en la naturaleza de los ilícitos que se pretenden sancionar y reprimir, pues el derecho penal tutela aquellos bienes jurídicos que el legislador ha considerado como de mayor trascendencia e importancia por constituir una agresión directa contra los valores de mayor envergadura del individuo y del Estado que son fundamentales para su existencia; en tanto que con la tipificación y sanción de las infracciones administrativas se propende generalmente a la tutela de intereses generados en el ámbito so-

cial, y tienen por finalidad hacer posible que la autoridad administrativa lleve a cabo su función, aunque coinciden, fundamentalmente, en que ambos tienen por finalidad alcanzar y preservar el bien común y la paz social. Ahora, el poder punitivo del Estado, ya sea en el campo del derecho penal o en el del derecho administrativo sancionador, tiene como finalidad inmediata y directa la prevención de la comisión de los ilícitos, ya sea especial, referida al autor individual; o general, dirigida a toda la comunidad, esto es, reprimir el injusto (considerado éste en sentido amplio) para disuadir y evitar su proliferación y comisión futura. Por esto, es válido sostener que los principios desarrollados por el derecho penal, en cuanto a ese objetivo preventivo, son aplicables al derecho administrativo sancionador, como manifestación del *ius puniendi*. Esto no significa que se deba aplicar al derecho administrativo sancionador la norma positiva penal, sino que se deben extraer los principios desarrollados por el derecho penal y adecuarlos en lo que sean útiles y pertinentes a la imposición de sanciones administrativas, en lo que no se opongan a las particularidades de éstas, lo que significa que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos, sino que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las sanciones administrativas y el debido cumplimiento de los fines de una actividad de la administración, en razón de que no existe uniformidad normativa, sino más bien una unidad sistémica, entendida como que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades, por lo que la singularidad de cada materia permite la correlativa peculiaridad de su regulación normativa; si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima. Sala Superior, tesis S3EL 045/2002. Recurso de apelación. SUP-RAP-022/2001. Partido del Trabajo. 25 de octubre de 2001. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Leonel Castillo González. Disidentes: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo, Eloy Fuentes Cerda y José Fernando Ojesto Martínez Porcayo. Secretario: José Manuel Quistián Espericueta.

1. *Reserva de ley*

El principio de legalidad en materia penal, que tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley, surge en el ámbito del pensamiento iluminístico-liberal, cuando se piensa que para salvaguardar adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para emanar disposiciones penales.⁸¹

⁸¹ Sobre las motivaciones originales del principio de legalidad, véase Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Madrid, 1978, y Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, pp. 465 y ss., especialmente p. 468.

Aunque dicho principio existía ya en algunos textos normativos anteriores, no es sino hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.⁸²

En el mismo sentido de lo que defiende J. J. Rousseau en *El contrato social*, el Marqués de Beccaria en su famoso ensayo *De los delitos y de las penas*, sostenía que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”.⁸³

En general, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del Constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva de ley, siempre que se trate de un Estado que cuente con una Constitución rígida, presenta dos aspectos: por una parte prohíbe la intervención, en las materias reservadas, de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas; por otra, y tal como se explica en seguida, prohíbe en ciertos casos al legislador reenviar la disciplina de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

Si la reserva de ley es establecida precisamente por una ley o norma de rango legal su efecto será provocar la ilegalidad —y en México, por vía de consecuencia inmediata, la inconstitucionalidad— de los reglamentos o de cualquier otra norma sublegislativa que entre a regular esa materia. Dichas normas inferiores adolecerían de un “vicio de competencia”. Sin embargo, si la reserva de ley es establecida por la Constitución, el efecto será también el de la imposibilidad de los reglamentos, pero en este caso, además, el Poder Legislativo no podrá prever o autorizar a los poderes reglamentarios del Ejecutivo para regular dicha materia, sino que tendrá que hacerlo por sí mismo: cuando la Constitución dispone que sea el Poder Legislativo el que regule una cierta materia, se entiende que dicha regulación tiene que ser “efectiva”, es decir, completa, suficiente y no puede servir como excusa para trasladar una facultad del Legislativo a otros órganos.

Las normas que contienen reservas de ley son una variante de las llamadas “normas sobre la producción jurídica”, ya que no se refieren de forma directa a

⁸² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, t. II, p. 387.

⁸³ Traducción de Las Casas (1774), reimpr., Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 14.

la regulación de la conducta humana sino que tienen por objeto otras normas. Por lo anterior, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación; igualmente, las reservas son también normas sobre la competencia en tanto la misma técnica de la reserva de ley consiste en una distribución —o asignación— de las potestades normativas: las normas que prevén las reservas de ley autorizan a un órgano determinado (en este caso el Poder Legislativo) para dictar normas en una materia concreta.

En la actualidad la reserva de ley cumple una doble función: por un lado, una función de carácter liberal o garantista, y por otro, una función democrática.

A) La función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad por virtud de una “ley”, no por actos del Ejecutivo que no tengan sustento legal. Por eso se ha dicho que todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.

B) La función democrática tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del Poder Legislativo, el cual es representativo de las mayorías —como el Ejecutivo— pero también de las minorías políticas de un Estado. En palabras de Manuel Aragón,

Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma.⁸⁴

El problema de mayor dimensión que tienen hoy frente a sí la teoría y la práctica de la reserva de ley, no es ya el de delimitar cuáles son las materias que se encuentran sujetas a la reserva, sino el de saber hasta qué punto debe desarrollar el legislador parlamentario una materia reservada y hasta qué punto esa materia puede ser “entregada” a la reglamentación del Poder Ejecutivo. Como señala Baño León, “Lo que preocupa en el constitucionalismo posterior a la

⁸⁴ Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

Segunda Guerra es si el legislador tiene límites para pedir la colaboración del reglamento en las materias reservadas”.⁸⁵

Es importante subrayar que la reserva de ley en materia penal solamente abarca el campo de la determinación de conductas punibles y el del establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir al reglamento otras cuestiones que también tienen que ver con la materia penal. Por ejemplo, los reglamentos —siempre previa remisión de la ley— pueden regular lo relativo a la organización interna de los establecimientos penitenciarios o al funcionamiento concreto de los centros de menores.

Una tesis jurisprudencial que aplica en parte lo que se acaba de exponer es la siguiente:

SALUD, DELITO CONTRA LA. NARCÓTICOS, SU CARÁCTER SE ESTABLECE ÚNICAMENTE A TRAVÉS DEL PROCESO LEGISLATIVO. El hecho de que la sustancia denominada fenilpropanolamina haya sido considerada por la autoridad sanitaria como sicotrópico del grupo III del artículo 245 de la Ley General de Salud, en los listados publicados en el *Diario Oficial de la Federación* en fechas veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco, de acuerdo a lo contemplado en el numeral 246 de la Ley en cita, no es suficiente para determinar que aquéllos constituyen una reforma, adición o modificación del precepto 245 referido, pues lo más que se podría concluir es que de conformidad con el segundo numeral, la Secretaría de Salud consideró tal sustancia, para los efectos de esa Ley como sicotrópico, pero no por ello suponer que dicha sustancia se encuentre prevista en el citado artículo 245 y que es determinada por la Ley, porque no es el legislador el que la introduce, sino la Secretaría de Salud la que la considera. Sostener lo contrario, implicaría que el Congreso de la Unión le hubiere otorgado facultades para legislar a una autoridad sanitaria que pertenece al Ejecutivo, lo cual resulta contrario a derecho; por tanto, es incorrecto afirmar que la fenilpropanolamina es una sustancia considerada como sicotrópico por una ley exactamente aplicable al caso de que se trata (Ley General de Salud), de conformidad a lo estatuido en el numeral 193 del Código Penal Federal en sus dos primeros párrafos,

⁸⁵ Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21. Con razón se ha señalado que tan ilegítimo es que un reglamento del Poder Ejecutivo entre a regular una materia reservada a la ley, como que el propio Poder Legislativo otorgue competencia reguladora al Ejecutivo en aquellas áreas que la Constitución ha querido que sean reservadas a la “efectiva” regulación legislativa, *cfr.* Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1993, p. 115. En Italia, sin embargo, tanto la doctrina como la Corte Constitucional han distinguido entre reservas “absolutas” y reservas “relativas” para describir la imposibilidad total o parcial de actuación de normas infralegales en algunas materias, Guastini, *Le fonti...*, *cit.*, p. 117; ver también, Guastini, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., Turín, vol. IX, 1994.

que precisa cuáles son las sustancias que deben ser consideradas como narcóticos (objeto material) en los delitos contra la salud. Lo anterior encuentra su explicación en todos los argumentos que sustentan al principio de la división de poderes que nuestra Constitución acoge, y en los diversos que indican que la determinación de las conductas merecedoras de una pena, debe ser responsabilidad del Poder Legislativo, como un acto en el que se manifiesta la voluntad mayoritaria del pueblo, y que tales conductas deben tener la publicidad necesaria para que el ciudadano como destinatario de la norma penal, conociendo los hechos punibles, pueda orientar su conducta. Publicidad que no se genera en una disposición de carácter administrativo, como la que nos ocupa, por más que se encuentre autorizada en la legislación ordinaria. En suma, considerar que tal sustancia sí se encuentra prevista en el citado artículo 245, por virtud de los listados de mérito y, que por ende puede ser objeto material de los delitos contra la salud, es una flagrante violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que consagra el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución federal. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, noviembre de 1998, tesis I.1o.P.48 P, p. 575.

Ya apuntábamos que el principio de legalidad en materia penal tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley (que los tipos penales y las consecuencias jurídicas de las conductas por ellos descritas estén establecidos en una ley); pero el principio de legalidad penal no se agota con la reserva, sino que se manifiesta en otras cuestiones, que pueden desprenderse del párrafo tercero del artículo 14 constitucional; dentro de este precepto se comprenden, al menos, el principio de taxatividad penal, la prohibición de utilizar la analogía en esta materia y el principio de proporcionalidad, que siendo un principio general aplicable a todo el sistema de derechos fundamentales, tiene también una especial relevancia para la materia penal, como lo veremos más adelante.

2. Taxatividad

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana. Por ejemplo, consideremos un enunciado normativo que dijera lo siguiente: “Se impondrán de cinco a siete años de prisión a la persona que se comporte de manera dañina respecto a otras personas o que altere el bienestar

general de la sociedad”; con esa descripción, ¿cómo podría el juez realizar una “exacta” aplicación si los supuestos normativos están claramente indeterminados, son vagos y polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.⁸⁶ Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:⁸⁷

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en parte, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas caracterís-

⁸⁶ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21. Ver también Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525 y ss., en donde se plantea la interesante discusión sobre la distinta forma en que la taxatividad se aplica a los tipos penales y a las causas de justificación de ciertas conductas penalmente relevantes.

⁸⁷ *Derecho y razón*, cit., p. 121.

ticas se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).⁸⁸

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran de consecuencias jurídicas también indeterminadas.

El principio de taxatividad ha sido reconocido por distintos tribunales nacionales e internacionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que

Una norma no puede ser considerada “ley” a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: debe ser capaz —con asesoramiento jurídico, si es necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de una determinada acción.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho valer la doctrina de la “nulidad por vaguedad” para asegurar un estándar mínimo de calidad en la legislación penal, considerando que una norma vaga es contraria a la Constitución estadounidense; una norma es vaga según el criterio de la Corte cuando “hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es su significado y discrepar acerca de su aplicación”.⁸⁹

La idea de que las leyes en general y las leyes penales en particular deben ser claras y precisas no es nueva; estaba ya presente en el pensamiento de la Ilustración, que con tanto énfasis intentó racionalizar y secularizar al máximo el poder punitivo del Estado.⁹⁰ Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y mu-

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 22-25.

⁹⁰ Como señala Luis Prieto, a través del principio de taxatividad penetran en el derecho penal “el racionalismo y la secularización: los tribunales humanos sólo pueden juzgar los hechos susceptibles de verificación empírica; el juicio sobre los pensamientos, sobre los rasgos del carácter, sobre las meras tendencias, pertenece al tribunal divino”, *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 43.

chos otros pensadores coincidieron en la necesidad de que las leyes fueran breves, claras y sencillas, al alcance del entendimiento promedio de cualquier persona.⁹¹ Era una de las muchas formas por medio de las cuales el pensamiento ilustrado intentaba disminuir las posibilidades de una aplicación arbitraria del derecho penal. En concreto, Beccaria considera que la oscuridad de las leyes es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”.⁹²

La jurisprudencia mexicana sobre el principio de taxatividad ha sido ambivalente; en las tesis que se reproducen a continuación el lector podrá observar que, por una parte, se asume una posición restrictiva al no extender la taxatividad al ámbito probatorio, pero se reconoce adecuadamente que, a pesar de la literalidad del párrafo tercero del artículo 14 (que se refiere a la “aplicación” de la ley “en los juicios del orden criminal”), la taxatividad se impone no solamente en el momento aplicativo de la ley sino frente a la ley misma, de manera que obliga al legislador a observar ese principio al momento de crear la legislación sancionadora. Las tesis más relevantes sobre el tema que nos ocupa son las siguientes:

GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO LA VIOLA. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al prever la posibilidad de que el juez en el proceso emplee los medios de prueba que estime convenientes, según su criterio, para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal que establece el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución federal, pues, por tratarse de una disposición de carácter procesal o adjetivo, ajena a aspectos relacionados propiamente con la integración de la norma punitiva —descripción típica y previsión de la pena—, así como respecto a la forma o manera en que han de aplicarse las penas, no puede contravenir los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* en que descansa dicha garantía, además de que tampoco faculta o autoriza al juzgador a imponer penas mediante una aplicación analógica o por mayoría de razón. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, junio de 1999, tesis P. XLVIII/99, p. 10.

⁹¹ Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 179 y 180.

⁹² *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1998, p. 38.

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, tesis P. IX/95, p. 82.

Utilizando el criterio que se acaba de transcribir, se ha deducido la inconstitucionalidad de algún tipo penal, según dispone la tesis jurisprudencial siguiente:

FALESDAD DE DECLARACIÓN RENDIDA ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL. El artículo 247, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que establece la sanción aplicable a dicho delito, viola la garantía de exacta aplicación de la ley penal. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. IX/95, de rubro: “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, mayo de 1995, página 82, que la mencionada garantía, prevista en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la ley, ya que el mandato constitucional exige, para su cabal cumplimiento, que también la ley sea concebida en forma tal que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos, delito y pena, sean claros, precisos y exactos, a fin de evitar confusión en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Ahora bien, en congruencia con tal criterio, debe decirse que al disponer el artículo 247, fracción I, del código punitivo citado que la sanción aplicable al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad, será de dos a seis años, en adición a una multa de cien a trescientos días de multa, viola la garantía constitucional de referencia. Ello es así, porque al establecer como sanción a la conducta típica consistente en falsedad de declara-

ración rendida ante autoridad pública distinta de la judicial, “de dos a seis años”, el legislador no precisó debidamente la consecuencia jurídica del delito de que se trata, creando incertidumbre en la aplicación de la pena y permitiendo la actuación arbitraria de la autoridad encargada de imponerla, o de otras autoridades, quienes con base en interpretaciones contrarias a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, suponen que se trata de la pena de prisión. Además, el mero establecimiento de un mínimo y un máximo de tiempo no conlleva, indefectiblemente, a considerar que la pena respectiva sea la de prisión, ya que no es ésta el único medio sancionatorio que la autoridad judicial puede imponer por un tiempo determinado, según se advierte del catálogo de penas contenido en el artículo 24 del referido Código Penal, que señala otras sanciones que pueden aplicarse por el mencionado periodo, a saber: tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado, suspensión de derechos, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos y vigilancia de la autoridad. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, junio de 2001, novena época, primera sala, tesis 1a. XLV/2001, p. 238.

Pero la jurisprudencia también ha sostenido que la simple falta de definición de algunos conceptos no puede acarrear la inconstitucionalidad de una ley; aunque se trata de una tesis que, al menos en apariencia, no se refiere en concreto a la materia penal, es obvio que su utilización en algunos casos puede ir en contra del potencial controlador que el principio de taxatividad tiene sobre la actividad del legislador; la tesis mencionada es la siguiente:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios —considerando también a los de la materia penal— defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares

gobernados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la carta magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean. Clave 1a., núm. LXXXVII/2002. Amparo directo en revisión 258/2002. Gerardo Pérez Labariega. 11 de septiembre de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.⁹³ Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden “criminalizar” y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad. Tomando en conjunto la taxatividad y la proporcionalidad podemos contar con estándares pertinentes para ir construyendo una legalidad penal constitucionalmente adecuada desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

3. Prohibición de analogía

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional cuyo texto ya se ha transcrito establece que no podrán imponerse, en los juicios del orden penal, penas por simple analogía o por mayoría de razón. Se trata de un mandato constitucional que sirve para reforzar el significado de los principios de reserva de ley y de taxatividad en materia penal. Es decir, lo que nos indica el artículo 14 es que el juzgador en materia penal no puede acudir a métodos hermenéuticos como la analogía y la mayoría de razón para imponer una sanción penal y, en consecuencia, debe atenerse a lo que pueda resolver utilizando otros métodos interpretativos en los que se observe la reserva de ley (en el sentido de mandato constitucional por el que se excluyen del ámbito penal fuentes normativas distintas a la ley) y la taxatividad (en el sentido de que las disposiciones que sirvan

⁹³ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

de base para imponer una sanción penal deban ser claras, concretas y específicamente aplicables a la conducta que se pretende sancionar).

Sobre la prohibición de la analogía en el derecho penal, Luigi Ferrajoli señala que es un corolario del principio de (estricta) legalidad. Este autor considera que

En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, con contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado “analogía anticipada”.⁹⁴

La última observación de esta cita de Ferrajoli es muy importante porque señala que la prohibición de analogía, siendo coherente con el mandato de taxatividad de la ley penal, debería ser oponible también al legislador.

El propio Ferrajoli nos recuerda que la prohibición de analogía se aplica solamente para la analogía *in malam partem*, es decir, la que es desfavorable para el reo. En sentido contrario, la analogía puede perfectamente admitirse en la interpretación de las excusas absolutorias o en cualquier aspecto que beneficie al acusado.⁹⁵

Riccardo Guastini nos explica que desde el punto de vista jurídico la aplicación analógica es “la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no previsto* por ella, pero *semejante* al previsto por la misma”.⁹⁶ Lo que está prohibiendo el mandato constitucional es justamente la aplicación por el juez de normas que no están *expresamente previstas* en la ley como constitutivas de delito y que por tanto no son sancionables desde el punto de vista penal. Podríamos decir que la *semejanza* no puede ser tomada en cuenta en materia penal, sino que por la importancia de los bienes jurídicos que están en juego se requiere prácticamente la identidad entre la conducta a sancionar y la descripción típica contenida en la ley.

El argumento de la mayoría de razón, también llamado argumento *a fortiori*, es muy parecido al argumento analógico y, de hecho, podríamos decir que es

⁹⁴ *Derecho y razón*, cit., p. 382.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 382. Ferrajoli apunta que: “La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad”.

⁹⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003, p. 93.

una subespecie de éste. Guastini describe el argumento de la mayoría de razón con las siguientes palabras:

El argumento *a fortiori* se presenta, *grosso modo*, en esta forma: la disposición D (“si F_1 , entonces G”) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F_1 ; pero el supuesto de hecho F_2 merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe aplicarse también al supuesto de hecho F_2 .⁹⁷

Lo importante para nuestro tema es destacar que, de nuevo, en el uso del argumento de mayoría de razón, el intérprete no utiliza una norma que haya sido *expresamente* puesta por el legislador, sino que la deduce de la existencia de “mayores razones”. Esa deducción creativa es lo que prohíbe el artículo 14 constitucional. Lo que el juez penal debe hacer es aplicar solamente las normas que el legislador haya expresamente considerado descriptivas de conductas típicas y aquellas otras que contengan las sanciones correspondientes para quien realice esa conducta.

4. *Proporcionalidad y legislación penal*

Las nociones que acabamos de estudiar (reserva de ley, taxatividad y prohibición de analogía) son más o menos conocidas y se han empleado de alguna manera por la jurisprudencia de nuestros tribunales, sobre todo en los años más recientes. Hay sin embargo un concepto que todavía no ha sido utilizado, hasta donde tengo noticia, por los jueces mexicanos, pero que puede ser muy interesante para hacer más exigente y rigurosa la intervención de la ley penal en el ámbito de las libertades personales. Me refiero al principio de proporcionalidad como límite a la actuación del legislador ordinario en materia penal. La pregunta a resolver sería la siguiente: ¿se puede aplicar dicho principio al control de constitucionalidad de las leyes penales? y, en caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos y con qué consecuencias? Vamos a realizar algunas breves observaciones sobre esta cuestión, en la que sin duda hará falta profundizar en el futuro.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad,

⁹⁷ *Ibidem*, p. 38.

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: *a)* la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; *b)* la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto; y *c)* las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.⁹⁸

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho general de libertad según el cual toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:⁹⁹

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas “es casi inexistente”.¹⁰⁰

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

⁹⁸ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35 y 36.

⁹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 397 y 398.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 399.

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.¹⁰¹

La primera determinación legislativa que está sujeta al criterio de proporcionalidad es la que tiene que ver con la “gravedad” del delito, sostiene Ferrajoli.¹⁰² Este punto de vista es especialmente importante en México, pues de la determinación legislativa en el sentido de que un delito es o no grave se desprende la posibilidad de los imputados por la presunta comisión de ese delito de enfrentar el proceso penal en libertad caucional, como lo establece la fracción I, del apartado A del artículo 20 constitucional. Utilizando el criterio de proporcionalidad un juez puede considerar que la inclusión por el legislador de un delito dentro del catálogo de delitos graves viola el principio de legalidad penal del párrafo tercero del artículo 14 constitucional. Es una forma de atajar, desde la Constitución misma, la arbitrariedad con la que el legislador se ha conducido en los años recientes al considerar delitos graves conductas que no lo ameritaban, evitando de esa forma que los imputados por tales delitos tuvieran derecho de la libertad caucional, violando en consecuencia, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”.¹⁰³ Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería

¹⁰¹ *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 39 y 41 y 42.

¹⁰² *Derecho y razón*, cit., p. 399.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 400.

vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.¹⁰⁴

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.¹⁰⁵ La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo:¹⁰⁶

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Por desgracia, el criterio de Ferrajoli nos orienta como punto de partida, pero no aporta muchos elementos que nos permitan clarificar la forma en que, desde el punto de vista externo, podamos valorar la gravedad de un delito, al menos en el párrafo que se acaba de transcribir. El mismo autor considera, sin embargo, que la gravedad de un delito —y por tanto la proporcionalidad de la pena— se puede determinar a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, aunque admite que “el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.¹⁰⁷

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la Sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 399 y 400.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 401.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 402.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 399.

podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada [Fundamento Jurídico 20].

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (la apolo-gía del terrorismo, entre otras) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.¹⁰⁸

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que

para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el pre-

¹⁰⁸ Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”, “La limitación constitucional del legislador penal”, en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

cepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena [Fundamento Jurídico 23].

VIII. EL DERECHO A LA LEGALIDAD EN MATERIA CIVIL (ARTÍCULO 14, PÁRRAFO CUARTO)

El cuarto y último párrafo del artículo 14 constitucional contiene el principio de legalidad en materia civil; su texto es el siguiente: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Por juicio del orden civil para efectos de este párrafo debemos entender todos los juicios distintos a la materia penal o a la materia administrativa cuando tenga por objeto sancionar a un particular.¹⁰⁹

Como se desprende de la simple lectura de su texto, el artículo 14 establece una especie de *prelación interpretativa* al señalar que las sentencias en los juicios civiles deberán dictarse conforme: *a)* a la letra de la ley, *b)* a su interpretación jurídica, o *c)* a falta de una solución tomada con base en lo anterior, conforme a los principios generales del derecho.

Si nos atenemos a esa “prelación” interpretativa podemos reconocer la posibilidad de que los tribunales mexicanos “integren” (y no solamente interpreten) el ordenamiento jurídico al resolver casos en materia civil, siempre que hayan procedido a descartar que la solución de los mismos puede encontrarse en la interpretación literal del texto legal o apelando a los diferentes procedimientos interpretativos. Habiendo descartado las dos posibilidades que se acaban de señalar, el juez podrá “integrar” el ordenamiento jurídico acudiendo a los principios generales del derecho que, aunque deben insertarse de forma armónica con el resto del ordenamiento, no están codificados o establecidos en su totalidad en una norma o serie de normas.¹¹⁰ En definitiva, podemos concluir que corresponde a los jueces la determinación, la concreción y la aplicación de tales principios generales al caso que deban resolver.

De acuerdo con lo anterior, el cuarto párrafo del artículo 14 representa en el sistema jurídico mexicano lo que se ha llamado la “norma de cierre”, entendida como la norma suprema que cierra y completa el ordenamiento en tanto excluye la posibilidad de que existan lagunas en el mismo, a pesar de que efectiva-

¹⁰⁹ En materia de derecho administrativo sancionador rigen los mismos principios que en materia penal, como la reserva de ley, el principio de taxatividad y el principio de proporcionalidad.

¹¹⁰ Ver Preciado Hernández, Rafael, “El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho”, *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, México, Editorial Jus, 1977, p. 46 y *passim*.

mente las haya en uno o varios textos legales o reglamentarios.¹¹¹ En este sentido se puede hablar de la “integridad” reguladora del ordenamiento, es decir, de aquella “propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso”.¹¹²

En México, los propios tribunales han conceptuado a los principios generales del derecho como “los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico... [y] son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de justicia de una comunidad”.¹¹³ Sobre la función de los principios en el ordenamiento es interesante tomar en cuenta la siguiente tesis:

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. Tradicionalmente se ha considerado en el sistema jurídico mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el Constituyente en el artículo 14 de la carta fundamental. La operancia de estos principios en toda su extensión —para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin— no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, segunda parte-2, enero a junio de 1989, p. 573.

Alguna tesis jurisprudencial se ha mostrado muy reacia a acudir a la doctrina en caso de que el juez se enfrente a una laguna en la ley; se ha dicho, creo

¹¹¹ Cfr. Romano, Santi, “Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale”, *Scritti minori I*, Milán, 1950, entre otros.

¹¹² Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo A., Madrid, Debate, 1991, p. 221.

¹¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. III, segunda parte-2, enero-junio de 1989, tribunales colegiados de circuito, tesis 197, pp. 573 y 574.

que de forma poco realista, que los planteamientos de los teóricos no pueden servir para suplir una laguna; habría que matizar ese criterio y ver qué criterios y de qué teóricos. Descalificar sin matices la posible utilidad de la teoría para solucionar un caso complejo es una postura criticable. En todo caso, el criterio mencionado se contiene en la siguiente tesis:

TRATADISTAS. No existe disposición legal que atribuya a las opiniones de tratadistas de derecho nacionales o extranjeros, la fuerza de una ley, al grado de que dichas opiniones suplan las omisiones o deficiencias de aquélla; al contrario, el artículo 14 constitucional dispone que cuando la ley es omisa, se acuda a los principios generales de derecho, debiendo entenderse por tales, no las tradiciones de los tribunales que, en último análisis, no son más que prácticas o costumbres que no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas de los jurisconsultos, que tampoco la tienen, por ser contrario a la índole de las instituciones que nos rigen. Quinta época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, p. 996.

IX. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 15 CONSTITUCIONAL

El artículo 15 constitucional dispone lo siguiente: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

El mandato del artículo 15 se dirige a los órganos estatales encargados de celebrar tratados internacionales; como se sabe, de conformidad con los artículos 76, fracción I; 89, fracción X, y 133 constitucionales, los tratados internacionales en México son firmados por el presidente de la República y ratificados por la Cámara de Senadores. Una vez firmados y ratificados, y siempre que se hayan publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, forman parte de la “ley suprema de toda la Unión”, en los términos que ya fueron expuestos en el capítulo primero de este libro.

La prohibición para los órganos señalados es específica en la primera parte del artículo 15 (se refiere en concreto a la extradición de reos políticos y a la de delincuentes del orden común que hayan tenido la calidad de esclavos en el país que reclama su entrega) y general en la segunda parte del mismo precepto (cuando hace referencia a los tratados y convenios que alteren los derechos establecidos en la Constitución).

La expresión “alterar” que se utiliza en la segunda parte del artículo 15 constitucional debe ser correctamente interpretada en el sentido de que lo que está

prohibiendo el texto de la Carta Magna es la alteración *in pejus* de los derechos, es decir, la alteración restrictiva o limitadora. Desde luego, los tratados internacionales que alteren los derechos establecidos en la Constitución para el efecto de ampliarlos no solamente están permitidos por el texto constitucional, sino que las autoridades están especialmente obligadas a firmarlos y ratificarlos, partiendo de la base de que la Constitución, en materia de derechos fundamentales, es una “carta de mínimos”, lo que significa que sus contenidos no pueden ser reducidos, pero sí pueden (y deben) ser ampliados por otras fuentes del derecho.

Aunque tradicionalmente no han sido numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que hayan precisado el alcance del artículo 15 constitucional, lo cierto es que hay varios más o menos recientes que son de gran interés. En uno de ellos, la Suprema Corte define qué se debe entender por “extradición” para efectos del artículo 15 y señala que la extradición es un acto que supone una excepción al ejercicio de la soberanía del Estado, por lo cual debe verificarse que en todo proceso de extradición se cumplan los requisitos constitucionales, legales y convencionales previstos en las normas correspondientes; para la Corte, el cumplimiento de esos requisitos es esencial y en consecuencia no basta que un Estado con el que México haya suscrito un tratado de extradición solicite la entrega de una persona para que dicha persona sea automáticamente entregada al Estado requirente. El criterio en cuestión se encuentra en la siguiente tesis:

EXTRADICIÓN. CONSISTE EN LA ENTREGA DE UNA PERSONA QUE EL ESTADO REQUERIDO HACE AL ESTADO REQUIRENTE, PERO CONSTITUYENDO UN ACTO EXCEPCIONAL EN RELACIÓN CON SU SOBERANÍA, LA SOLICITUD PUEDE VÁLIDAMENTE SER NEGADA SI NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS. La extradición es el acto mediante el cual un Estado hace entrega de una persona que se halla en su territorio, a otro Estado, que la reclama por tener ahí el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito, a fin de que sea sometida a juicio o reclusa para cumplir con la pena impuesta. Por tanto, la extradición constituye un caso excepcional respecto de la soberanía del Estado requerido, por lo que el trámite correspondiente está sujeto a requisitos constitucionales, legales o convenidos que deben ser cumplidos; por tanto, el solo hecho de que un Estado (requirente) haga la solicitud respectiva a otro Estado (requerido), no es suficiente para que la persona sea entregada, pues dicha solicitud puede ser satisfecha o no por el Estado requerido, en razón del cumplimiento de las normas constitucionales o legales, así como atendiendo a las obligaciones pactadas en los tratados y convenios internacionales en la materia. Lo anterior es así, porque la extradición es un acto de soberanía fundado en el principio de reciprocidad, conforme al cual, en ambos países la conducta desplegada debe estar considerada como delito, no estar prescrita y tener una

penalidad no violatoria de garantías individuales, y de no satisfacerse tales requisitos, la solicitud puede ser rechazada por el Estado requerido. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, novena época, pleno, tesis P. XIX/2001, p. 21.

Si los tratados de extradición o una solicitud concreta de extradición no cumplen con los requisitos pertinentes, entonces lo procedente será aplicar solamente el orden jurídico nacional, como se desprende de la siguiente tesis:

EXTRADICIÓN, TRATADOS DE. Los tratados celebrados con un país extranjero, no pueden desconocer o alterar las garantías y derechos del hombre y del ciudadano, porque tales derechos constituyen la razón y el objeto de nuestras instituciones; y obligándose nuestra Ley Fundamental a respetarlos, sería contradictorio y absurdo consignar su desconocimiento en convenios con potencias extranjeras; de suerte es que, de acuerdo con el tratado que se haya celebrado entre México y otro país, puede concederse la extradición de un reo, si las penas que tenga que sufrir en ese país, no son las prohibidas por razón de las garantías individuales que el nuestro otorga y que protegen al extranjero. Así es que habiendo discordancia entre el tratado y la Constitución, de acuerdo con el artículo 15 del mismo, deben aplicarse nuestras leyes, y en primer término, la suprema de ellas, que es la Constitución, desde el momento en que ésta al prohibir la celebración de tratados, en los que se alteren garantías y derechos establecidos para el hombre y el ciudadano, está ordenando el respeto a tales garantías, aun en caso de extradición. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXI, quinta época, segunda sala, p. 348.

La Suprema Corte también ha precisado que si un reo para quien un Estado extranjero solicita la extradición puede ser sometido a una de las penas prohibidas por la Constitución en el artículo 22 constitucional, la extradición debe ser negada a menos que el Estado que pide la extradición otorgue las garantías suficientes para considerar que esa pena no será aplicada. En consecuencia, no se podrá ordenar la extradición de un reo que pueda ser sometido a prisión perpetua, porque ese tipo de pena viola el artículo 22 constitucional. Así se desprende de la siguiente tesis:

EXTRADICIÓN. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUÉLLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las

leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos de que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta, no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcuso que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, tesis P/J. 125/2001, p. 13.

Me parece que el sentido general de las tesis jurisprudenciales que se han citado recoge acertadamente el mandato constitucional en el sentido de limitar tanto la existencia de tratados internacionales como de extradiciones que puedan poner en riesgo los derechos fundamentales establecidos en la Constitución mexicana como contenidos mínimos que no pueden ser disminuidos o restringidos. Como ya se dijo, el criterio de la Corte deja a salvo la posibilidad de que el Estado mexicano se comprometa a través de tratados internacionales que “alteren” los derechos fundamentales en sentido positivo, es decir, que refuercen, amplíen y hagan más eficaces los que ya están previstos en la propia carta magna.

X. LA GARANTÍA DE LEGALIDAD EN SENTIDO AMPLIO (ARTÍCULO 16, PÁRRAFO PRIMERO)

Al revisar el concepto de seguridad jurídica, al inicio de este capítulo, llamábamos la atención sobre el carácter de “reglas del juego” que tienen los derechos de seguridad jurídica, pues la mayoría de las ocasiones se traducen en obligaciones de carácter procedimental que las autoridades deben observar en su relación con los particulares. Ese carácter adjetivo o procedimental queda de manifiesto sobre todo en los artículos 14 y 16 de la carta fundamental. Al primero de esos preceptos ya hicimos referencia en los apartados V a VII, *supra*; toca ahora revisar el segundo.

El párrafo primero del artículo 16 contempla lo que se podría llamar la garantía de legalidad en sentido amplio, conforme al siguiente texto: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Vamos a estudiar cada uno de los ingredientes de la fórmula compleja contenida en este precepto.

Antes de entrar a su análisis, conviene tener presente que, como sucede también con el párrafo segundo del artículo 14 en el caso de los actos privativos, el

artículo 16 establece la protección universal frente a los actos de molestia. Es decir, cuando el artículo 16 dispone que “Nadie puede ser molestado...”, está asignando una protección frente a la molestia en favor de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, con independencia de su edad, estado civil, lugar de residencia, situación migratoria, posición social, estado de salud, ideología, etcétera. La protección del artículo 16 párrafo primero es por tanto universal en el sentido más amplio que la palabra pueda tener en el campo de los derechos fundamentales.

El principio de legalidad establecido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional equivale a la idea sostenida por la jurisprudencia mexicana en el sentido de que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite” (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1817-1988*, segunda parte, salas y tesis comunes, p. 512). De acuerdo con el principio de legalidad, toda acción de cualquier órgano investido de poder estatal debe estar justificada por una ley previa.¹¹⁴ toda vez que en el Estado de derecho “ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad”.¹¹⁵

Si se le compara con el mandato del artículo 14 sobre los actos de privación, el artículo 16 es más amplio, ya que todo acto de privación es además un acto de molestia. No sucede lo mismo en sentido inverso, ya que no todo acto de molestia es un acto de privación. Esto significa que en el caso de los actos de privación las autoridades deben cumplir con lo que establece el artículo 14 y, con mayor razón, con lo que dispone el artículo 16. Al estudiar el contenido del párrafo segundo del artículo 14 constitucional, citamos la jurisprudencia que distingue entre los actos de privación y los actos de molestia.

1. *Mandamiento escrito*

El primero de los requisitos que establece el artículo 16 para los actos de molestia es que tales actos figuren por escrito. Este requisito persigue varios objetivos. En primer lugar, la forma escrita permite tener certeza sobre el acto de autoridad, tanto sobre su existencia como sobre su contenido y alcances. En

¹¹⁴ Para determinar el sentido de la expresión “acción estatal” es interesante revisar el texto de Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. En este libro el autor realiza un amplio análisis del concepto de *state action* en la jurisprudencia estadounidense.

¹¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1991, t. I, p. 433.

segundo lugar, la forma escrita permite un mejor conocimiento del acto por parte del particular, a fin de que pueda defenderse correctamente. La jurisprudencia ha señalado que el escrito que contenga el acto de autoridad debe estar firmado por el funcionario competente que lo emite. Es el criterio que se contiene en la siguiente tesis:

FIRMA. LA FALTA DE ELLA EN UN MANDAMIENTO DE AUTORIDAD IMPLICA VIOLACIÓN DE GARANTÍAS. Conforme al artículo 16 de la Constitución federal, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones, sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive adecuadamente la causa legal del procedimiento. De aquí, que para que todo acto de autoridad pueda considerarse un mandamiento de autoridad competente, debe constar en un documento público debidamente fundado que, en términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo, es el expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, cuya calidad de tal “se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes”. De ello se desprende que la firma que en dichos documentos estampe la autoridad, es un requisito indispensable para su validez, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la forma escrita, de tal manera que la falta de firma de la autoridad en el documento en que impone una obligación a cargo del particular, carece de legalidad. Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 350/88. Rogelio Ojeda Alanís y otro. 22 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV-II, febrero de 1995, tesis VI.1o.143 C, p. 342.

Además, la firma no solamente debe constar en el documento sino ser autógrafa. Es decir, las firmas facsimilares o impresas por medios electrónicos violan el artículo 16 constitucional. Así lo sostiene el criterio siguiente:

FIRMA FACSIMILAR. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD EN QUE SE ESTAMPA CARECE DE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. De aquí que, para que una determinación pueda considerarse un mandamiento de autoridad competente debe constar en un documento público debidamente fundado que, en los términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria, sea expedido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cuya autenticidad “se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas y otros signos exteriores, que en su caso, prevengan las leyes”. De donde se desprende que la firma que en dichos do-

cumentos estampe la autoridad, debe ser siempre autógrafa y por ello carece de valor una copia facsimilar sin la firma del original del documento relativo. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo en revisión 248/93. Antonia Ventolero Velázquez. 5 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, febrero de 1994, p. 325.

2. Autoridad competente

El segundo requisito del primer párrafo del artículo 16 es que los actos de molestia sean emitidos por autoridad competente. El concepto de autoridad competente ha sido objeto de largos debates en la historia constitucional de México, algunos de los cuales se remontan al siglo XIX.¹¹⁶ Actualmente lo importante es que la Constitución exige que todo acto de molestia puede ser emitido, de forma limitativa, por la autoridad a la que una norma jurídica le reconozca competencia para ello. La competencia entonces supone tanto un requisito en sentido positivo como uno en sentido negativo. Desde un punto de vista positivo, un acto de autoridad puede ser emitido cuando el ordenamiento le reconozca la competencia para ello a una determinada autoridad. Desde un punto de vista negativo, esa determinación competencial en favor de una autoridad hace imposible que cualquier otra pueda dictar el acto en cuestión.

La jurisprudencia ha ido dándole contenido al mandato constitucional de “autoridad competente”. Por ejemplo, ha sostenido que la competencia de la autoridad debe ser citada en el escrito en que conste el acto de molestia. Es decir, la autoridad debe dar a conocer al particular las normas jurídicas que rigen no solamente el acto que emite, sino además las que le dan competencia a esa autoridad para emitirlo. Así se establece en los siguientes criterios:

COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD. Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales, se advierte que los actos de molestia y privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que otorgue tal legitimación. De lo contrario, se dejaría al afectado en estado de indefensión, ya que al no conocer el apoyo que faculte a la autoridad para emitir el ac-

¹¹⁶ Ver la síntesis que ofrece Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 278 y ss.

to, ni el carácter con que lo emita, es evidente que no se le otorga la oportunidad de examinar si su actuación se encuentra o no dentro del ámbito competencial respectivo, y es conforme o no a la Constitución o a la ley; para que, en su caso, esté en aptitud de alegar, además de la ilegalidad del acto, la del apoyo en que se funde la autoridad para emitirlo, pues bien puede acontecer que su actuación no se adecue exactamente a la norma, acuerdo o decreto que invoque, o que éstos se hallen en contradicción con la ley fundamental o la secundaria. Octava época, pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 77, mayo de 1994, tesis P/J. 10/94, p. 12.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. ESTÁN OBLIGADAS A CITAR LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE FUNDEN SU COMPETENCIA. El artículo 16 de la Constitución federal, prescribe que los actos de molestia, para ser legales, deben provenir de autoridad competente y cumplir con las formalidades esenciales que le den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad debe emitirse por quien esté legitimado para ello, expresándose en el acto mismo de molestia, el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación, ya que de no ser así, se deja al gobernado en estado de indefensión, al no poder examinar si la actuación de la autoridad emisora se encuentra dentro del ámbito competencial respectivo. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, tesis I.4o.A. J/16, p. 613.

3. *Fundamentación y motivación*

Otro de los requisitos que exige el artículo 16 para los actos de autoridad es que estén correctamente fundados y motivados. Lo que se intenta evitar es la arbitrariedad de los poderes públicos, al exigir que los actos de autoridad se emitan solamente cuando: *a)* cuenten con respaldo legal para hacerlo (fundamentación); y *b)* se haya producido algún motivo para dictarlos (motivación). Tanto la fundamentación como la motivación deben constar en el escrito en el que se asienta el acto de autoridad. Un acto de cualquier poder público que no esté motivado y fundado es, por ese sólo hecho, arbitrario.

La jurisprudencia ha definido la fundamentación y motivación en los siguientes términos:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo de la Constitución federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir,

que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 40, pp. 46 y 47.

La fundamentación y motivación se debe dar en todo tipo de actos de autoridad, pues el artículo 16 no señala excepciones de ningún tipo. Incluso debe darse cuando se trata de actos discrecionales, es decir, de aquellos en los que la ley reconoce en favor de la autoridad que los emite un espacio importante de apreciación sobre el momento en que deben ser emitidos y los alcances que puedan tener. 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; 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”;¹¹⁷ 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.¹¹⁸ Sobre la motivación y fundamentación de los actos discrecionales la jurisprudencia mexicana ha sostenido, entre otras, la siguiente tesis:

FACULTADES DISCRECIONALES, OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR LA AUTORIDAD, CUANDO ACTÚA EN EJERCICIO DE. Cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales y tiene una libertad más amplia de decisión, esto no le otorga una potestad ilimitada, debiendo en todo caso la autoridad, dentro de una sana administración, sujetarse en sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la razonabilidad que sólo puede estar basada en una adecuada fundamentación del derecho que la sustenta, así como en una motivación, aún mayor que en el acto reglado, que tiene por objeto poner de manifiesto su juridicidad; asimismo, debe estar apoyado o tener en cuenta hechos ciertos, acreditados en el expediente relativo, o públicos y notorios y, finalmente, ser proporcional entre el medio empleado y el objeto a lograr. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 1214/91. Justo Ortega Ezquerro. 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Fernando A. Ortiz Cruz. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, octubre de 1991, p. 181.

¹¹⁷ Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998, p. 97.

¹¹⁸ Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 81-85.

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;¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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.¹²¹

La exigencia de fundamentación y motivación de los actos de autoridad ha sido desarrollada en México por la jurisprudencia. Por ejemplo, los tribunales mexicanos han sostenido que una correcta fundamentación se da cuando la autoridad cita no solamente el ordenamiento jurídico aplicable a un caso concreto, sino los artículos, párrafos, incisos y subincisos de ese ordenamiento, según puede apreciarse en la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN. Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en

¹¹⁹ Sentencia de la antigua sala cuarta de 19 de mayo de 1987.

¹²⁰ Sentencia de la sala tercera de 17 de abril de 1990.

¹²¹ *De la arbitrariedad del legislador, cit.*, pp. 94 y 95.

agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 16/83. Jorge León Rodal Flores. 12 de julio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Roberto Terrazas Salgado. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 175-180, sexta parte, p. 98.

Además de las partes concretas del ordenamiento jurídico aplicable, la autoridad debe poner en el escrito que contiene su acto el lugar y la fecha de emisión del mismo, pues según la segunda sala de la Suprema Corte,

es menester que la autoridad señale con exactitud el lugar y la fecha de la expedición del acto administrativo, a fin de que el particular esté en posibilidad de conocer el carácter de la autoridad que lo emitió, si actuó dentro de su circunscripción territorial y en condiciones de conocer los motivos que originaron el acto... pues la falta de tales elementos en un acto autoritario implica dejar al gobernado en estado de indefensión, ante el desconocimiento de los elementos destacados.¹²²

En una tesis muy interesante se describe la forma en que la autoridad debe cumplir con la exigencia de fundamentar y motivar sus actos y, además, se afirma que también en las relaciones entre autoridades se debe observar esa exigencia; se trata del siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES. Tratándose de actos que no trascienden de manera inmediata la esfera jurídica de los particulares, sino que se verifican sólo en los ámbitos internos del go-

¹²² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, julio de 2000, p. 5.

bierno, es decir, entre autoridades, el cumplimiento de la garantía de legalidad tiene por objeto que se respete el orden jurídico y que no se afecte la esfera de competencia que corresponda a una autoridad, por parte de otra u otras. En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada; y b) con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P./J. 50/2000, p. 813.

La falta de fundamentación y motivación se pueden dar de forma directa o indirecta. Se verifica este segundo supuesto cuando un acto de autoridad se pretende fundar o motivar en otro acto que a su vez es inconstitucional o ilegal. En este caso, el segundo acto de autoridad no podrá considerarse correctamente fundado y motivado, como se sostiene en la tesis que sigue:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN INDEBIDA. LA TIENEN LOS ACTOS QUE DERIVAN DIRECTA E INMEDIATAMENTE DE UN ACTO U OMISIÓN QUE, A SU VEZ, ADOLECE DE INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD. En términos de lo dispuesto en el artículo 41, párrafo segundo, fracción IV; 99, párrafo cuarto, y 116, párrafo segundo, fracción IV, incisos b) y d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe llegarse a la conclusión de que un acto adolece de una indebida fundamentación y motivación, cuando deriva directa e inmediatamente de los actos y omisiones de otro acto u omisión que violen alguna disposición constitucional, como, por ejemplo, cuando se viola el derecho de votar de los ciudadanos, a través de sus tradiciones y prácticas democráticas, a fin de elegir a los concejales de cierto ayuntamiento municipal. Lo anterior, en virtud de que no puede considerarse como motivación jurídicamente válida de un acto o resolución de una autoridad el que se base en otro que, a su vez, adolece de inconstitucionalidad o ilegalidad. Esto es, debe arribarse a la conclusión que existe una relación causal, jurídicamente entendida como motivo determinante, cuando el posterior acto tiene su motivación o causa eficiente en los actos y omisiones inconstitucionales o ilegales de cierta autoridad, máxime cuando todos esos actos estén, en última instancia, involucrados por el alcance de su pretensión procesal derivada de su demanda. Sala superior, tesis S3EL

077/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.

Para tener un acto de autoridad como debidamente fundado y motivado no basta que se citen los preceptos aplicables a un caso concreto y que el supuesto normativo se haya verificado en la práctica, sino que también es necesario que el acto de autoridad que se emite en consecuencia esté apegado a lo que señalan las normas aplicables. Éste es el criterio de la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, NO EXISTE CUANDO EL ACTO NO SE ADECUA A LA NORMA EN QUE SE APOYA. Todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, de manera que si los motivos o causas que tomó en cuenta el juzgador para dictar un proveído, no se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende apoyarse, no se cumple con el requisito de fundamentación y motivación que exige el artículo 16 constitucional, por tanto, el acto reclamado es violatorio de garantías. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, enero de 1999, tesis VI.2o. J/123, p. 660.

Hay algunos otros pronunciamientos jurisprudenciales que se refieren a tipos concretos de actos de autoridad; así, para comprender los alcances de la fundamentación y motivación de los actos jurisdiccionales y del mandato por el cual se ordena revisar un escritorio deben tenerse presente las siguientes tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS. La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Constitución federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepcio-

nes del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CXVI/2000, p. 143.

REVISIÓN DE ESCRITORIO O GABINETE. LA ORDEN RELATIVA, QUE SE RIGE POR EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO PRIMERO, CONSTITUCIONAL, DEBE SEÑALAR NO SÓLO LA DOCUMENTACIÓN QUE REQUIERE, SINO TAMBIÉN LA CATEGORÍA DEL SUJETO (CONTRIBUYENTE, SOLIDARIO O TERCERO), LA CAUSA DEL REQUERIMIENTO Y, EN SU CASO, LOS TRIBUTOS A VERIFICAR. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha establecido que la orden de revisión de escritorio o de gabinete tiene su fundamento en el párrafo primero del artículo 16 constitucional; de ahí que la emisión de una orden de tal naturaleza debe cumplir con lo previsto en dicho precepto de la ley suprema, que en materia tributaria pormenoriza el artículo 38, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, esto es, que debe acatar el principio de fundamentación y motivación, conceptos que la anterior integración de la Segunda Sala de este alto tribunal, en la tesis de jurisprudencia 260, visible en la página 175, del Tomo VI del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, de rubro “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN”, definió en cuanto al primero, como la expresión del precepto legal o reglamentario aplicable al caso, y por lo segundo, el señalamiento preciso de las circunstancias especiales, razones particulares o causas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, debiendo existir adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables. Por tanto, si conforme al artículo 42, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, la facultad de revisión de escritorio puede referirse a tres tipos de sujetos, que son el causante directo, el responsable solidario y el tercero relacionado con aquéllos, y su ejercicio puede derivar de distintos motivos, a saber: I. Verificar el cumplimiento de disposiciones fiscales; II. Determinar tributos omitidos; III. Determinar créditos fiscales; IV. Comprobar la comisión de delitos fiscales; y, V. Proporcionar información a autoridades hacendarias diversas; ha de concluirse que la orden de revisión que al respecto se emita debe estar contenida en un mandamiento escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado, lo cual implica que no sólo exprese la documentación que requiere, sino también la categoría que atribuye al gobernado a quien se dirige, cuál es la facultad que ejerce, la denominación de las contribuciones y el periodo a revisar, con el objeto de dar plena seguridad y certeza al causante y evitar

el ejercicio indebido o excesivo de la atribución de revisión, en perjuicio de los particulares. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis 2a./J. 68/2000, p. 261.

Sobre la fundamentación y motivación de los actos de la autoridad legislativa, la jurisprudencia ha sostenido el siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. Por fundamentación y motivación de un acto legislativo se debe entender la circunstancia de que el Congreso que expide la ley, constitucionalmente esté facultado para ello, ya que estos requisitos, en tratándose de actos legislativos, se satisfacen cuando aquél actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución le otorga (fundamentación), y cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación); sin que esto implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deban ser necesariamente materia de una motivación específica. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis, 226, p. 269.

Un criterio parecido al anterior se ha sostenido para el caso de la fundamentación y motivación de los reglamentos emitidos por el presidente de la República.¹²³

XI. DETENCIONES (ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS SEGUNDO A SEXTO)

Cuando en el capítulo tercero de este libro estudiamos el derecho a la libertad de tránsito, hicimos referencia al tema de las detenciones; concretamente, al impacto violatorio del derecho a la libertad de tránsito que suponen los retenes que se instalan en las carreteras por autoridades civiles o militares. En ese momento sostuvimos que las detenciones en los retenes se pueden configurar como “detenciones arbitrarias”, prohibidas por la Constitución mexicana (artículos 11 y 16 entre otros) y por los principales tratados internacionales de derechos humanos. Vamos a revisar ahora los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional en sus párrafos segundo a sexto para llevar a cabo detenciones de forma legal.¹²⁴ El texto de los párrafos mencionados es el siguiente:

¹²³ Ver la tesis REGLAMENTOS. SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, contenida en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VI, primera parte, p. 103.

¹²⁴ Para los aspectos de derecho comparado sobre el tema, ver Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996 y Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

De los párrafos que acabamos de transcribir se desprende que el régimen constitucional de las detenciones legales puede sintetizarse en los siguientes puntos esenciales:

A) Como regla general, las detenciones pueden practicarse únicamente cuando exista una orden de aprehensión. Las órdenes de aprehensión sólo pueden ser dictadas por una autoridad judicial, siempre que: *a)* se haya interpuesto una denuncia o querrela, *b)* que esa denuncia o querrela se refiera a un hecho que la ley considere constitutivo de un delito y que la comisión de ese delito sea sancionable con pena privativa de la libertad, *c)* que se hayan acreditado el cuerpo de delito y la probable responsabilidad del inculpado, y *d)* que lo solicite el Ministerio Público.¹²⁵

¹²⁵ Aunque la petición expresa por parte del Ministerio Público no puede derivarse del sentido literal del artículo 16, se trata de un requisito que ha sido precisado por la jurisprudencia: ORDEN DE APREHENSIÓN. Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1995*, t. II, SCJN, tesis 227, p. 129.

B) Una vez realizada la aprehensión, la autoridad que la llevó a cabo debe poner al detenido de forma inmediata a disposición de la autoridad judicial que emitió la correspondiente orden. La Constitución utiliza los términos de “sin dilación alguna”, lo que debe interpretarse en el sentido de que entre la práctica de la detención y la puesta a disposición del juez no debe transcurrir más tiempo que el estrictamente necesario para que la autoridad ejecutora se traslade desde el sitio donde fue practicada la aprehensión hasta el lugar donde debe entregar al detenido. Si la puesta a disposición excede de ese tiempo de forma automática se configura una detención ilegal y arbitraria, lo cual vicia el procedimiento y debe dar lugar a responsabilidad penal por parte de los agentes que realizaron la detención.

Sobre el sentido de este mandato constitucional debe tenerse en cuenta el siguiente criterio:

FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA. El artículo 16 constitucional no exige que en los casos de delito flagrante el detenido deba de ser puesto a disposición del Ministerio Público de manera instantánea o inmediata, sino que ello se verifique sin demora, como ocurrió en el caso, tomando en cuenta la circunstancia de que dicha detención se efectuó a las cinco de la mañana y en el transcurso de esta misma fue puesto a disposición del titular de la acción penal. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, febrero de 1999, tesis VII.P.96 P, p. 507.

C) De forma excepcional, cualquier autoridad o persona pueden detener a alguien cuando esté en flagrancia. En los supuestos de detención por flagrancia, también existe la obligación para quien realiza la detención de poner a disposición de la autoridad más cercana al detenido y, ésta a su vez, tiene la obligación de entregarlo al Ministerio Público.

La flagrancia debe entenderse como el momento de la comisión del delito o durante su persecución material llevada a cabo en el momento inmediatamente posterior a la realización del mismo. La existencia de la flagrancia supone una continuidad temporal entre el descubrimiento del hecho delictuoso y la detención. Si esa continuidad temporal se ve interrumpida (es decir, si la detención no es coexistente con la realización de la conducta ilícita) entonces no estamos en el supuesto del párrafo tercero del artículo 16 y, por tanto, cualquier detención es arbitraria.

Algunos códigos de procedimientos penales extienden la temporalidad de la flagrancia a través de lo que se ha llamado “flagrancia equiparada”, de acuerdo con la cual todavía se puede detener a una persona cuando hayan transcurrido

menos de 48 o 72 horas de que ha realizado una conducta delictiva.¹²⁶ El concepto de “flagrancia equiparada” es inconstitucional, pues permite detenciones fuera de lo que dispone el artículo 16; además, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que este tipo de flagrancia “es incompatible con el concepto de presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como de extorsiones”.¹²⁷

D) El Ministerio Público puede ordenar detenciones solamente en el caso de delitos considerados graves y siempre que concurren dos circunstancias: a) que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; Ovalle Favela señala que este riesgo “tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquél existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención”;¹²⁸ y b) cuando el Ministerio Público no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Tanto en el caso de las detenciones por flagrancia como en el de las detenciones ordenadas por el Ministerio Público, cuando la autoridad judicial reciba al detenido deberá antes que nada comprobar si la detención se realizó conforme a los supuestos y requisitos constitucional y legalmente aplicables. Si esos supuestos no se verificaron, el juez deberá ordenar la puesta en libertad del detenido.

Sobre estos aspectos, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

DETENCIÓN MINISTERIAL. REQUISITOS. El artículo 16 constitucional, párrafo quinto permite al Ministerio Público, bajo su responsabilidad, efectuar detenciones, fundando y expresando los indicios que lo motiven a ello; los cuales deben comprender dos aspectos; el primero, relativo a determinar con qué datos se apoya para presumir que el sujeto que se pretende detener es el autor de un ilícito; y en segundo término, cuáles son los elementos que le sirvieron de base para considerar que existe el riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia. Ahora bien, si el Ministerio Público ordena la detención de un sujeto teniendo como único indicio el parte informativo rendido por la Policía Judicial, en el que cumple con la investigación ordenada por éste, informando que un sujeto es el autor de un hecho, pero no indica cuáles son las fuentes de donde proviene dicha información, y menos cuál fue el método o pasos que siguió para arribar a esa conclusión, es incuestiona-

¹²⁶ Es el caso de la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹²⁷ Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

¹²⁸ *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 313.

ble que tal actuación no puede servir de base para sostener una orden de detención ministerial. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, febrero de 1999, tesis XII.1o.12 P, p. 496.

DETENCIÓN, CALIFICACIÓN DE LA. La obligación del juez de la causa para calificar la detención del inculcado que le es puesto a su disposición por el agente del Ministerio Público, deriva de una reforma al artículo 16 de la Constitución General de la República, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el cual entró en vigor al día siguiente, que entre otras cosas señala: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”. De lo anterior, se colige que el juzgador, al recibir la consignación respectiva, debe apreciar si la detención de la persona fue de manera flagrante o dentro de los casos de urgencia que la ley establece y de ser así, tendrá que precisar a qué indiciado o indiciados se refiere, qué ilícito o ilícitos se imputan, en qué consistió la flagrancia, o en su caso la urgencia, así como las pruebas con las que se acredite lo anterior, para estar en aptitud de ratificar la detención, toda vez que será esta decisión la que restringirá la libertad personal del indiciado hasta en tanto se resuelva su situación jurídica. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, mayo de 2000, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis III, 2º P. J/9, p. 822.

DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN MEDIAR ORDEN DE APREHENSIÓN. Si no se trata de un caso de flagrancia o de urgencia, al recibir la consignación el juez debe decretar su libertad con las reservas de ley. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, sólo puede detenerse a una persona cuando existe en su contra una orden de aprehensión dictada por autoridad judicial competente, en flagrante delito o en casos urgentes. Por tanto, si la detención no se efectúa en cumplimiento de una orden de aprehensión o en un caso de flagrancia o de urgencia, al recibir la

consignación, en los términos de lo dispuesto por el párrafo sexto del citado precepto constitucional, el juez debe analizar si realmente se reunieron los requisitos que establece el citado numeral en sus párrafos cuarto y quinto, y de ser así ratificará la detención; de lo contrario debe decretar la libertad del detenido con las reservas de ley. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, noviembre de 1995, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis XII, 1º 3 P, p. 525.

E) El párrafo séptimo del artículo 16 crea la figura de la “retención” ante el Ministerio Público; el texto constitucional establece que el detenido deberá ser entregado a la autoridad judicial en un plazo máximo de 48 horas, mismo que se podrá duplicar (96 horas) en el caso de la supuesta comisión de delitos de delincuencia organizada.

La “retención” es una figura que no encaja del todo dentro del sistema constitucional de privación legal de la libertad. En los supuestos del artículo 16 que hemos analizado hasta ahora siempre se ha señalado la obligación de poner al detenido de forma inmediata bajo disposición judicial. ¿Cómo es que el párrafo séptimo autoriza una excepción a esa entrega inmediata? Al parecer, el supuesto que se analiza tiene lugar cuando se verifica cualquiera de las circunstancias de acuerdo con las cuales el Ministerio Público detiene a una persona (por flagrancia, en caso de urgencia o cuando la persona se presenta voluntariamente ante el Ministerio Público).¹²⁹ En estos supuestos, se puede entender que la Constitución le otorga un plazo al Ministerio Público para que pueda integrar debidamente la averiguación previa, a fin de que cuando acuda ante el juez poniendo a disposición al detenido, lo haga contando con todos los elementos necesarios para que la autoridad judicial pueda determinar su situación jurídica.

Aun aceptando que ese pueda ser el criterio para justificar la “retención”, la verdad es que no deja de ser peligroso su reconocimiento constitucional, ya que se lleva a cabo sin ningún tipo de control judicial y el plazo establecido es muy largo, tanto para el supuesto general de las 48 horas como —todavía peor— para el caso de la delincuencia organizada —96 días, que son nada menos que cuatro días enteros—. Me parece que es un término excesivo y que se podría sustituir con otro sistema que permitiera tener asegurado al presunto responsable (bajo supervisión judicial) mientras el Ministerio Público termina de integrar la averiguación previa; en todo caso, debe tratarse de un plazo breve y solamente aplicable para casos excepcionales. En general, el Ministerio

¹²⁹ Rojas Caballero afirma, en el mismo sentido, que “necesariamente el presupuesto lógico constitucional de la retención debe ser la detención por flagrancia o urgencia”, *Las garantías individuales en México*, cit., p. 408.

Público debe terminar de integrar la averiguación previa antes de solicitar al juez la detención de una persona.

Aparte de los supuestos constitucionalmente previstos para llevar a cabo una aprehensión, una detención o una retención, en algunos códigos de procedimientos penales se ha comenzado a establecer la figura del “arraigo”. Por ejemplo, el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, podrá decretar el arraigo de una persona hasta por treinta días naturales o la prohibición para que abandone una determinada demarcación hasta por sesenta días naturales mientras se prepara el ejercicio de la acción penal, siempre que exista riesgo fundado de que la persona se sustraiga a la acción de la justicia.

Se trata de una figura que permite innumerables abusos por parte de la autoridad ministerial, ya que su regulación es muy escueta. Así, por ejemplo, no se señala expresamente que el lugar para ejecutar el arraigo es el domicilio del particular afectado o cualquiera que él quiera señalar, con lo cual se ha permitido el uso de “casas de seguridad” o de hoteles donde el Ministerio Público ubica a los afectados mientras dura la medida del arraigo. Tampoco se establece si durante el arraigo le asisten al afectado los derechos que señala la Constitución en el artículo 20 para toda persona que esté sujeta a un proceso penal; esto significa que no queda claro si el arraigado tiene derecho a recibir asistencia de abogado o si puede ser interrogado válidamente.

XII. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS OCTAVO, UNDÉCIMO Y DECIMOTERCERO)

Como lo veremos en el capítulo quinto de este libro, el artículo 4o. constitucional establece el derecho a la vivienda digna y decorosa, tal como lo hacen también los tratados internacionales de derechos humanos y muchos otros ordenamientos constitucionales. Para que ese derecho sea efectivo, se requiere de una serie de prestaciones de carácter positivo a cargo de los poderes públicos (regulación del uso de suelo, control del aumento de los alquileres, construcción de viviendas populares, otorgamiento de créditos, etcétera), pero también es necesario que el Estado proteja el uso y goce de la vivienda. Para ello es esencial que ni los particulares ni los órganos públicos que no sean propietarios o poseedores puedan entrar en ella, a menos que cumplan ciertos requisitos. La prohibición mencionada se asegura por ejemplo a través del establecimiento en los códigos penales de una serie de delitos (allanamiento de morada, robo en casa-habitación, etcétera).

En la doctrina constitucional existe una cierta disputa acerca del bien jurídico que se protege a través de la inviolabilidad del domicilio. Para algunos se protege la libertad personal, para otros la propiedad, la intimidad o la libertad de residencia.¹³⁰ Me parece que hay dos bienes jurídicos que la inviolabilidad del domicilio preserva: uno es el disfrute de la vivienda (expresamente estipulado en el artículo 4o. constitucional), y otro es el derecho a la vida privada que se encuentra reconocido en varios tratados internacionales de derechos humanos; combinando ambos bienes jurídicos se obtiene la justificación de la inviolabilidad del domicilio, en tanto que permite disfrutar de la vivienda sin interferencias ilegítimas, y permite también desarrollar la vida privada sin ser objeto de molestias.

Para el Tribunal Constitucional español,

La inviolabilidad del domicilio... constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos [Sentencia 22/1984].

La inviolabilidad del domicilio es un derecho aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.¹³¹

La inviolabilidad del domicilio está prevista en el artículo 16 constitucional, párrafos octavo, undécimo y décimotercero, en los siguientes términos:

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos

¹³⁰ La discusión respectiva ha sido reseñada en Matia Portilla, Francisco Javier, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. 3 y ss.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 113 y ss.

testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

...

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

...

En tiempo 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.

Por la forma en que están redactados estos preceptos podemos decir que la regla general es la inviolabilidad del domicilio, entendiendo por tal la imposibilidad jurídica de que cualquier autoridad o particular ingrese sin permiso en una vivienda o un local de cualquier tipo. La Constitución señala de forma limitativa las excepciones a esa inviolabilidad: las órdenes de cateo, las visitas domiciliarias y la previsión en favor de los militares durante tiempos de guerra. Solamente en esos casos puede ingresar una autoridad a un domicilio. Al estudiar el derecho a la vivienda dentro del capítulo quinto detallaremos las obligaciones tanto positivas como negativas que genera ese derecho para las autoridades y los particulares. En este momento centraremos nuestro análisis en los casos de excepción.

El párrafo octavo del artículo 16 establece una “reserva judicial” en el tema de los cateos, al señalar que solamente la autoridad judicial podrá emitir la orden escrita para realizarlos. El cateo es una orden judicial por medio de la cual se autoriza que una autoridad pueda penetrar en un domicilio para realizar una inspección, buscar algún objeto o aprehender a una o varias personas. El escrito de la autoridad judicial mediante el que se autoriza el cateo deberá determinar con precisión tanto el lugar en que debe realizarse, como los objetos que se buscan y, en su caso, las personas que se deben aprehender. La Constitución exige también que se levante una acta circunstanciada, misma que debe ser firmada por dos testigos; los testigos deben ser propuestos, en primer lugar, por el ocupante del lugar cateado; si se niega a nombrarlos, entonces serán designados por la autoridad que lleve a cabo la diligencia.

Los cateos pueden dictarse tanto en materia penal como en materia civil, sujetándose en ambos casos a los requisitos del artículo 16 constitucional. Al respecto, debe tenerse en cuenta la siguiente tesis jurisprudencial:

CATEO. ES VÁLIDO ORDENARLO COMO MEDIDA DE APREMIO EN UN PROCEDIMIENTO DE MATERIA CIVIL, SI ASÍ LO PREVÉ LA LEGISLACIÓN APLICABLE. La orden de cateo que, conforme a las previsiones de la legislación aplicable, se emita en asuntos de materia civil, constituye un mecanismo ideado por el legislador para llevar a cabo una pronta administración de justicia, en tanto que facilita el cumplimiento de las determinaciones de las autoridades judiciales, ante la actitud omisa o rebelde de las partes en un procedimiento judicial. En consecuencia, el cateo, como medida de apremio, no corresponde exclusivamente al ámbito penal, ni tiene por qué sustentarse solamente en el artículo 16 constitucional, sino que puede ser ordenado bajo la tutela de los principios establecidos en el artículo 17 de la carta magna. Amparo en revisión 1773/96. Armando Cornejo Zúñiga y coag. 21 de mayo de 1998. Mayoría de seis votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juventino V. Castro y Castro, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Luis Ignacio Rosas González. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de abril en curso, aprobó, con el número XIX/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999, tesis P. XIX/99, p. 33.

El párrafo undécimo del artículo 16 constitucional establece la figura de las visitas domiciliarias. En este caso la Constitución señala que podrán ser llevadas a cabo por autoridades administrativas (no existe, por tanto, una “reserva judicial” en materia de visitas domiciliarias) y que su objeto está limitado a verificar el cumplimiento de los reglamentos sanitarios y de policía, así como a exigir los documentos necesarios para acreditar que se ha cumplido con las obligaciones fiscales.

La jurisprudencia ha distinguido entre los cateos y las visitas domiciliarias en la siguiente tesis:

VISITA DOMICILIARIA, ÓRDENES DE. SUS DIFERENCIAS CON LAS ÓRDENES DE CATEO. Entre las órdenes de cateo y las órdenes de visita domiciliaria existen diferencias sustanciales. El cateo y la visita domiciliaria tiene objetos diferentes: aquél tiene por finalidad inspeccionar algún lugar, aprehender a alguna persona o buscar algún objeto. La visita persigue el cercioramiento de que “se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía”; así como la “exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales”. La orden de cateo únicamente puede ser expedida por un juez o tribunal, la visita domiciliaria puede ser decretada por autoridad administrativa. La orden de visita no debe contener ningún despacho de secuestro o embargo ni de aseguramiento de cuentas, inversiones o depósitos bancarios o de otra naturaleza. No obstante las diferencias que exis-

ten entre unas y otras órdenes, es mandato del artículo 16 de la Constitución que las órdenes de visita deben sujetarse a las formalidades prescritas para los cateos. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Revisión fiscal 23/91. Lumisistemas, S. A. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, marzo de 1991, p. 225.

Por lo que hace al objeto de las visitas domiciliarias la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido los siguientes criterios relevantes:

ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA, SU OBJETO. Acorde con lo previsto en el artículo 16 constitucional, así como con su interpretación realizada por esta Suprema Corte en las tesis jurisprudenciales cuyos rubros son: “VISITA DOMICILIARIA, ORDEN DE. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER” (tesis 183, página 126, tomo III, segunda sala, compilación de 1995) y “ÓRDENES DE VISITA DOMICILIARIA, REQUISITOS QUE DEBEN CONTENER LAS” (tesis 509, página 367, tomo III, segunda sala, compilación de 1995), que toman en consideración la tutela de la inviolabilidad del domicilio y la similitud establecida por el Constituyente, entre una orden de cateo y una de visita domiciliaria, cabe concluir que el objeto no sólo debe concebirse como propósito, intención, fin o designio, que dé lugar a la facultad comprobatoria que tienen las autoridades correspondientes, sino también debe entenderse como cosa, elemento, tema o materia, esto es, lo que produce certidumbre en lo que se revisa; con base en esto último, el objeto de la orden de que se trata no debe ser general, sino determinado, para así dar seguridad al gobernado y, por ende, no dejarlo en estado de indefensión. Por tanto, la orden que realiza un listado de contribuciones o cualquier otro tipo de deberes fiscales que nada tenga que ver con la situación del contribuyente a quien va dirigida, la torna genérica, puesto que deja al arbitrio de los visitantes las facultades de comprobación, situación que puede dar pauta a abusos de autoridad, sin que obste a lo anterior la circunstancia de que el visitador únicamente revise las contribuciones a cargo del contribuyente como obligado tributario directo, porque en ese momento ya no se trata del contenido de la orden, sino del desarrollo de la visita, en la inteligencia de que la práctica de ésta debe sujetarse únicamente a lo señalado en la orden y no a la inversa. Esta conclusión, sin embargo, no debe llevarse al extremo de exigir a la autoridad que pormenore o detalle el capitulado o las disposiciones de las leyes tributarias correspondientes, porque tal exageración provocaría que con una sola circunstancia que faltara, el objeto de la visita se considerara impreciso, lo cual restringiría ilegalmente el uso de la facultad comprobatoria, situación que tampoco es la pretendida por esta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es necesario precisar que las anteriores consideraciones únicamente son válidas tratándose de órdenes de visita para contribuyentes registrados, pues sólo de ellos la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con su registro

de alta, sabe qué contribuciones están a su cargo, situación que es distinta de los casos de contribuyentes clandestinos, es decir, aquellos que no están inscritos en el Registro Federal de Contribuyentes porque, en estos casos, la orden necesariamente debe ser general, pues no se sabe qué contribuciones están a cargo del destinatario de la orden. También debe señalarse que las contribuciones a cargo del sujeto pasivo, no sólo conciernen a las materiales o de pago, sino igualmente a las formales o cualquier otro tipo de deber tributario y, por tanto, debe entenderse por obligado tributario, no solamente al causante o contribuyente propiamente dicho, sino también a los retenedores, responsables solidarios y cualquier otro sujeto que a virtud de las normas tributarias tenga que rendir cuentas al fisco. Contradicción de tesis 23/97. Entre las sustentadas por el Tercer y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Administrativa, del Primer Circuito. 26 de septiembre de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Grajales. Tesis de jurisprudencia 59/97. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión pública de veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los ministros Juan Díaz Romero, Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, diciembre de 1997, tesis 2a./J. 59/97, p. 333.

VISITAS DOMICILIARIAS. LA CLAUSURA COMO MEDIDA DE SEGURIDAD Y SANCIÓN NO VIOLA EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, SI EL ACTO DE MOLESTIA CONSTA POR ESCRITO, EN EL QUE SE FUNDE Y MOTIVE LA CAUSA LEGAL DEL PROCEDIMIENTO. El artículo 16 constitucional, en el párrafo que establece que la autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos, contempla como garantía individual del gobernado, la inviolabilidad del domicilio y la de seguridad jurídica, que delimitan la facultad de la autoridad administrativa para llevar a cabo visitas domiciliarias, pero ello no implica que la autoridad administrativa no pueda practicarlas con el fin de vigilar y asegurarse de que se cumplan las leyes que regulan en general la actividad de los particulares, pues para esto último, basta que cumpla con lo que establece el primer párrafo del artículo 16, o sea, que el acto de molestia conste por escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento. Además, al referirse a reglamentos “sanitarios y de policía”, no se está limitando esa facultad a la aplicación de normas emanadas de la autoridad administrativa en uso de la facultad reglamentaria prevista en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que tengan por contenido aspectos relativos a la salud y al orden social, en un sentido meramente administrativo, sino que debe entenderse que se trata de cualquier norma jurídica que otorgue facultades a las autoridades administrativas para regular la

conducta de los particulares y cerciorarse de que se ajusta a las normas de orden público aplicables, con la finalidad de prevenir que su actividad atente contra el orden público y el interés social. De ahí que aplicar y ejecutar el contenido de la ley en la esfera administrativa, es una función que está encomendada a la autoridad administrativa, pues incluso se trata de un deber que le impone la Constitución. Amparo en revisión 1355/95. Inmobiliaria Rama, S. A. de C. V. 6 de enero de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Neófito López Ramos. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintidós de abril en curso, aprobó, con el número LXI/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, mayo de 1997, tesis P. LXI/97, p. 177.

VISITA DOMICILIARIA. LAS NORMAS SECUNDARIAS QUE LA ESTABLECEN NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL AUNQUE OMITAN SEÑALAR ALGUNOS DE LOS REQUISITOS QUE PREVIENE (REGLAMENTO DE CONSTRUCCIONES DE COAHUILA). Es cierto que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la orden de visita debe emitirse por autoridad competente y constar por escrito, en el que se funde y motive la causa del procedimiento; que en ella se debe señalar el nombre del visitado, el domicilio y el objeto de la orden; y que, al concluir su práctica, debe levantarse acta circunstanciada ante la presencia de dos testigos propuestos por el visitado o, en su caso, ante su ausencia o negativa, por los designados por la autoridad que practique la diligencia; también es cierto que los artículos 227 al 230 del Reglamento de Construcciones de Coahuila, sólo establecen que la finalidad de las visitas es verificar que las construcciones en proceso o terminadas cumplan con las disposiciones correspondientes, que el inspector debe identificarse ante el visitado, explicando el motivo de su presencia, y que de toda visita debe levantarse acta circunstanciada, anotando la fecha y el nombre de las personas que intervengan, ante la presencia de dos testigos; no obstante, la circunstancia de que en ellos se omita prever algunas de las formalidades antes indicadas, no implica la infracción a la disposición constitucional citada, en virtud de que es suficiente que ésta contenga tales formalidades, para que los requisitos previstos para las visitas domiciliarias subsistan obligatoriamente para las aplicadoras por encima de la omisión que pudiere existir en los ordenamientos secundarios, dado que ante la ausencia apuntada se encuentra el mandato contenido en el artículo 16 constitucional. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis 2a. CVII/99, p. 232.

ÓRDENES DE CATEO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO TIENEN ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES PARA EMITIRLAS, PERO SÍ PARA DICTAR ÓRDENES DE VISITA (ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, UNDÉCIMO PÁRRAFO). El precepto constitucional mencionado, en su párrafo octavo, establece que “sólo la autoridad judicial podrá expedir” órdenes de cateo, facultad que, por tanto, está vedada a las autorida-

des administrativas, pero ello no significa que se coarten las atribuciones de éstas para cerciorarse, aun en los domicilios de los gobernados, que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, así como para exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, pues para ello el párrafo undécimo de dicho precepto les otorga la facultad de dictar órdenes de visitas domiciliarias, para cuya práctica se requiere, conforme a las leyes respectivas, que consten por escrito, que expresen el lugar que ha de inspeccionarse, la materia de la inspección y que se levante acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar visitado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Amparo en revisión 3488/98. 26 de agosto de 2003. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veintiséis de agosto en curso, aprobó, con el número XIII/2003, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de agosto de dos mil tres.

Por lo que hace al contenido del último párrafo del artículo 16, en el que se permite que en tiempos de guerra los militares puedan exigir alojamiento, bagajes, alimentos y “otras prestaciones”, parece difícil de justificar en la actualidad. Su redacción actual proviene del que fue el artículo 26 de la Constitución de 1857. Es un buen ejemplo del tipo de disposiciones que deben ser derogadas para modernizar las disposiciones de la carta fundamental.

De todas formas, para que se pueda verificar su supuesto, es necesario que se esté en estado de guerra. Por tanto, deberá existir la declaración correspondiente, la cual solamente puede ser emitida por el Congreso de la Unión, pues el artículo 73, fracción XII, establece que el Congreso tiene facultad: “Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo”. Solamente mediante esta declaración del Congreso podría aplicarse el último párrafo del artículo 16. Me parece que no se daría este supuesto ni siquiera en el caso de suspensión de garantías (a menos de que la inviolabilidad del domicilio fuera expresamente suspendida, como es obvio).¹³²

¹³² En sentido distinto Rojas Caballero señala: “La interpretación de esta prescripción no puede ser otra de que para los militares puedan exigir las referidas prestaciones es necesaria la suspensión de garantías individuales, de tal suerte que la ley marcial referida en el precepto en análisis será la ley de emergencia respectiva o la de prevenciones generales”, *Las garantías individuales en México, cit.*, p. 359.

XIII. INVIOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS (ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS NOVENO, DÉCIMO Y DUODÉCIMO)

El artículo 16, además de proteger la inviolabilidad del domicilio, protege también la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Son dos formas de asegurar la autonomía de la persona; es decir, en la medida en que nuestra casa y lo que decimos a los demás de forma privada esté protegido, podremos desarrollar nuestra vida como mejor nos parezca, sin tener que estar expuestos a la mirada o el interés de otras personas y sin tener que justificar nuestros actos. La autonomía personal sufriría un fuerte menoscabo si no pudiéramos comunicarnos de forma reservada con quien nosotros queramos y por el motivo que consideremos oportuno, sin que nadie tenga derecho a conocer nuestras comunicaciones. Para ese efecto se tutela constitucionalmente la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el artículo 16, párrafos noveno, décimo y décimo-segundo, cuyo texto es el siguiente:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

...

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

Las comunicaciones que se encuentran protegidas son las transmitidas por cualquier vía¹³³ y con independencia de su contenido,¹³⁴ incluyendo las que se

¹³³ Ver Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 44 y ss.

¹³⁴ 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

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 pueden violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.¹³⁵

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que se podrá emitir solamente en caso de que existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para poder 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 limitación queda —en un caso extremo y por tanto excepcional— en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

El texto constitucional señala varias materias en las que ni siquiera mediante autorización judicial se podrán interceptar comunicaciones privadas. Es el caso de las materias electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral y administrativa. Además, tampoco se podrá interceptar la comunicación del detenido con su defensor. Con independencia de las sanciones que puedan corresponder a quienes intercepten una comunicación sin ajustarse a los requerimientos de la Constitución, el artículo 16 señala que los materiales obtenidos mediante ellas carecerán de todo valor probatorio.

Es importante señalar que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido —correctamente, desde mi punto de vista—, que las comunicaciones privadas que protege el artículo 16 constitucional deben estar a salvo tanto de las autoridades como de particulares. Con este criterio la Corte está de alguna manera aceptando la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales, sumándose de esa forma a una importante corriente del pensamiento constitucional contemporáneo que ha superado la visión tradicional según la cual los derechos fundamentales solamente producían efectos jurídicos entre los particulares y las autoridades; hoy en día se entiende que los derechos obligan también a otros particulares y que, en esa medida, se les debe reconocer un “efecto horizontal” para que puedan ser correctamente protegidos. El criterio

de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” [Sentencia 114/1984, Fundamento Jurídico 7].

¹³⁵ Sobre este punto, ver las observaciones de Carrillo, Marc, “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 36, noviembre de 1999, pp. 72-74.

de la Corte al que estamos haciendo referencia está recogido en las siguientes tesis:

COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las “comunicaciones privadas son inviolables”, resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, segunda sala, tesis 2a. CLX/2000, p. 428.

COMUNICACIONES PRIVADAS. Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente. El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajust-

tarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del poder revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, segunda sala, tesis 2a. CLXI/2000, p. 428.

Con respecto al mandato del párrafo decimosegundo del artículo 16 (que establece la inviolabilidad de la correspondencia), la jurisprudencia ha definido que debe entenderse en forma amplia, es decir, en el sentido de que protege cualquier tipo de comunicación enviada por correo; así se sostiene en la siguiente tesis:

VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA, CONCEPTO DE CORRESPONDENCIA EN EL DELITO DE. Para la configuración del delito de violación de correspondencia, es irrelevante que haya sido un sobre que contenía un giro telegráfico el que abrió indebidamente el inculpado, al no estar dirigido a él, toda vez que debe considerarse como correspondencia una comunicación escrita, entendiéndose por tal, una carta o comunicación con el sobrescrito cerrado o con la plica cerrada y sellada, un pliego igualmente guardado en el sobrescrito o la plica, un despacho telegráfico o telefónico con igual protección y cualquier otra comunicación escrita análoga. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 1321/90. Justino Hernández Domínguez. 31 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, junio de 1991, p. 459.

Si la inviolabilidad de la comunicaciones siempre ha sido una protección importante para preservar diversos bienes jurídicos (la libertad de expresión, la intimidad, la autonomía de la persona, etcétera) en las sociedades modernas su importancia se ha multiplicado. 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 relevan-

cia 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.¹³⁶

XIV. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

El artículo 17 constitucional establece lo siguiente:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

De ese artículo hay que estudiar varias cuestiones, que aunque guardan relación entre sí, requieren de un análisis por separado. En primer lugar, hay que proceder al estudio de la prohibición de “autotutela” y de ejercer violencia para reclamar un derecho; en segundo término se debe abordar el tema del acceso a la justicia y de las características que para la misma establece el párrafo segundo del artículo 17; en tercer lugar, hay que hacer referencia a la independencia judicial en los ámbitos federal y local; finalmente, nos referiremos a la prohibición de ser privado de la libertad por deudas de carácter civil, a partir de la cual se establece constitucionalmente la separación entre las sanciones de carácter penal y las de carácter civil.

1. *Prohibición de autotutela*

El primer párrafo del artículo 17 constitucional establece la prohibición de la autotutela al señalar que ninguna persona puede hacerse justicia por propia mano, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Este tipo de prohibiciones se producen con el surgimiento del Estado moderno, en el que los órganos públicos tienen el monopolio de la violencia legítima. En esa virtud, serán los órganos estatales los únicos que puedan impartir justicia (lo que en la práctica significa la competencia de ciertas autoridades

¹³⁶ *El régimen constitucional...*, cit., p. 22.

para conocer de los conflictos que se susciten entre particulares o entre particulares y autoridades, y para resolver dichos conflictos mediante la aplicación de una serie de técnicas jurídicas). Antes del surgimiento del Estado moderno, la forma más común de arreglar las diferencias era por medio de la venganza privada, con lo cual se corría el riesgo de propiciar una cadena de violencias que en lugar de resolver los problemas los complicaba.

La prohibición de autotutela y la prohibición de ejercer violencia para reclamar el propio derecho son dos caras de la misma moneda. La historia ha conocido diversas formas de reclamación violenta del propio derecho; por ejemplo, el duelo o, en un mayor nivel, la guerra.

En sentido estricto el párrafo primero del artículo 17 constitucional no contiene un derecho fundamental, pues resulta claro que de su redacción no se pueden desprender derechos subjetivos. Pero cobra todo su sentido cuando se le interpreta dentro del conjunto del artículo 17, porque la consecuencia de la doble prohibición de su primer párrafo es la asignación a toda persona del derecho de acudir ante un órgano jurisdiccional para que le sea administrada justicia (derecho de acceso a la justicia).

En algunos casos, de forma excepcional y limitada, la ley puede permitir el ejercicio de la autodefensa, sobre todo en la modalidad de defensa propia. Es una hipótesis frecuente en el derecho penal, que contempla a la legítima defensa como una forma lícita de ejercer violencia para proteger el propio derecho.

2. *Acceso a la justicia*

El derecho de acceso a la justicia previsto por el artículo 17 constitucional supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o cualquier otro tipo de derechos pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para obtener la reparación de esa violación. Es importante señalar, y así lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ese derecho no se satisface por el mero hecho de que algún recurso jurisdiccional esté previsto en la legislación del Estado, sino que ese recurso debe ser efectivo en orden a la protección de los derechos. Además, la Corte sostiene que el simple hecho de que ese recurso no exista ya resulta violatorio del Pacto de San José; el criterio de la Corte es el siguiente:¹³⁷

¹³⁷ *Caso Ivcher Bronstein, cit.*, párrafos 136 y 137; Opinión Consultiva 18/03, párrafo 108.

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ellos pueden ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o cuando, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

El acceso a la justicia es un derecho en alguna medida instrumental respecto de otros derechos, ya que permite combatir su violación.

El derecho de acudir ante los tribunales está consagrado en varios pactos y tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de 1948 dispone que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Más concretamente, reflejando una importante influencia del derecho mexicano, el artículo 8o. de la misma Declaración establece el derecho de toda persona a ver protegidos sus derechos fundamentales; su texto es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Algunas cuestiones más específicas del derecho de acceso a la justicia están previstas en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El tema del acceso a la justicia es uno de los mayores retos pendientes del Estado mexicano no solamente desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que es la que a nosotros nos interesa, sino también desde la más amplia temática de la reforma de los aparatos de justicia.¹³⁸ Hay que tener en cuenta

¹³⁸ Para el caso de México, ver Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Ro-

que las crecientes condiciones de desigualdad y marginación sociales se han traducido también en una desigualdad frente a la ley. De hecho, el aparato judicial, en general en buena parte de América Latina, no ha podido tener una presencia efectiva en la totalidad del territorio de los países, de modo que un primer obstáculo para el acceso a la justicia es simplemente de carácter físico o geográfico.

Por otro lado, los altos costos de una buena asistencia jurídica y los derivados del propio desarrollo de un proceso impiden en la realidad que la mayoría de la población solucione sus problemas acudiendo a los tribunales. Incluso una vez que se llega a ellos, las desigualdades sociales tienden a reproducirse, de forma que las personas de menores ingresos normalmente se ven sometidas a procesos más lentos y costosos que aquellas que cuentan con mayores posibilidades económicas.

La solución al problema del acceso a la justicia no es fácil, pero podrían intentarse algunas reformas sectoriales que contribuyeran a disminuir ante los tribunales las crecientes desigualdades sociales que se han producido como resultado de un modelo económico profundamente injusto.

En materia de acceso a la justicia hay que tener presente, entre otras cuestiones, que en un país como México, con sus elevados niveles de pobreza y de desigualdad en el ingreso, hacen falta mecanismos que permitan a la población de menores recursos acceder en condiciones *equitativas* a los tribunales. La falta de acceso a la justicia contribuye a generar una *discriminación jurídica*, que se suma a las múltiples discriminaciones que las personas padecen simplemente por ser pobres, mujeres, indígenas, campesinos, migrantes, tener alguna discapacidad, vivir en el medio rural, etcétera.

Como indica Boaventura de Sousa,

Estudios revelan que la distancia de los ciudadanos en relación con la administración de justicia es tanto mayor mientras más bajo es el estrato social al que pertenecen y que esa distancia tiene como causas próximas no sólo factores económicos, sino también factores sociales y culturales, aunque unos y otros puedan estar más o menos remotamente relacionados con las desigualdades económicas. En primer lugar, los ciudadanos de menores recursos tienden a conocer muy poco sus derechos y, en consecuencia, a tener más dificultades para reconocer un problema que los afecta como un problema jurídico. Pueden ignorar los derechos en juego o ignorar las posibilidades de arreglo jurídico... Los datos muestran que los individuos de las

clases bajas dudan mucho más que los otros para recurrir a los tribunales, incluso cuando reconocen que están frente a un problema legal.¹³⁹

La reforma del acceso a la justicia pasa, en primer lugar, por crear mecanismos procesales que permitan una mejor protección de los derechos fundamentales, muchos de los cuales hoy en día no se encuentran tutelados en México por garantía jurisdiccional alguna, como ya se ha mencionado en varios lugares de este libro y como se volverá a mencionar en el capítulo siguiente al estudiar los derechos sociales; en este contexto, conviene recordar que “a estas alturas se cuenta con información suficiente y lo bastante contrastada como para sostener que la existencia de una garantía jurisdiccional de un determinado estándar de calidad es condición necesaria, aunque no suficiente, para que los derechos humanos puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica”.¹⁴⁰

Si adoptamos una visión amplia en relación con el acceso a la justicia, es muy probable que tengamos que integrar el diseño de nuevas vías de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales dentro del más complejo tema del diseño institucional de nuestro Poder Judicial. Si revisamos las reformas constitucionales en materia judicial que se han realizado en los últimos años, nos daremos cuenta que, en su mayor parte, han carecido de un modelo definido, lo cual ha arrojado como consecuencia que se tenga en la actualidad un sistema híbrido, que incorpora elementos de la organización judicial de los Estados Unidos y de la que existe en la mayor parte de los países de la Europa continental.

Muchas de esas reformas han estado atadas a la coyuntura, de manera que no han tenido la altura de miras para hacer un rediseño en profundidad de las instituciones encargadas de impartir justicia. En los próximos años tendremos que ser capaces de definir el “modelo” de justicia que queremos tener en México, así como el “modelo” de juez que será capaz de operar ese sistema. Mientras esas dos definiciones —que no son de carácter teórico, sino práctico y que requieren de importantes definiciones incluso de orden político— no se hagan, es muy poco lo que se podrá avanzar en esta materia. El del diseño institucional es un reto que está pendiente.

En este contexto y para aportar solamente una de las muchas propuestas que pueden ser razonables, habría que ponderar la necesidad de que los órganos ju-

¹³⁹ Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1998, pp. 204 y 205.

¹⁴⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, p. 10.

risdccionales que actualmente tienen autonomía constitucional (el caso de los tribunales agrarios por virtud del mandato del artículo 27 fracción XIX de la Constitución) o que operan en la órbita del Poder Ejecutivo (tribunales contencioso-administrativos, juntas de conciliación y arbitraje, tribunales de conciliación y arbitraje, etcétera), se incorporen formalmente al Poder Judicial, como desde hace tiempo ha señalado un sector importante de la doctrina y como han prometido algunos partidos políticos en sus plataformas de campaña. No hay justificación alguna para que el Poder Ejecutivo tenga “sus propios tribunales”. Todos los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales deben estar formal y materialmente dentro del Poder Judicial, de forma que sus integrantes tengan el mismo estatuto profesional que los miembros de la judicatura.

En relación con la necesidad de contar con personal judicial adecuadamente capacitado para hacer posible que el derecho de acceso a la justicia sea una realidad para la mayoría de mexicanos, hay que tener en cuenta que, como se apuntaba, en México todavía no hemos discutido qué modelo de juez requiere la incipiente democracia que estamos comenzando a vivir, ni cuáles son las “virtudes judiciales”¹⁴¹ que deben tener quienes busquen mantenerse o promoverse dentro de la carrera judicial. Una parte de nuestra cultura judicial, como no podía ser de otra forma luego de vivir más de 70 años en un régimen autoritario, no parece muy concernedida del proceso de apertura democrática, y mantiene viejos rituales de cerrazón, secretismo y sigilo que no tienen demasiada justificación en la actualidad.

El trabajo de capacitación se podrá enfrentar solamente de forma limitada dentro del propio Poder Judicial. La tarea mayor incumbe a las facultades y escuelas de derecho, encargadas de formar a los que en el futuro serán jueces, magistrados, ministros o consejeros de la judicatura. La renovación de los caducos libros de texto con que se estudian las principales materias es también una tarea pendiente sin la cual va a ser muy difícil generar el nuevo “modelo de juez” que requiere la democracia mexicana.

Otra forma de mejorar el acceso a la justicia se puede dar por medio de los llamados “sistemas alternativos de solución de controversias”. Estos métodos alternativos, entre los que se encuentran la mediación, el arbitraje, la amigable composición, etcétera, deben ser fortalecidos como una forma de descargar de trabajo a los tribunales y de propiciar soluciones más rápidas, baratas y efectivas para los particulares. Obviamente, siempre deben respetarse ciertos princi-

¹⁴¹ El término es de Manuel Atienza, en su ensayo titulado, justamente, “Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

prios para evitar caer en el extremo de “negociar” la aplicación de la ley cuando se está en presencia de intereses fundamentales de la sociedad. Hay intereses generales que no pueden estar sujetos a negociación, pero hay intereses privados sobre los cuales las partes podrían perfectamente ponerse de acuerdo sin tener la necesidad de acudir ante un juez y desarrollar la enorme cantidad de trámites que hay que desahogar en un proceso jurisdiccional.

En México, el acceso a la justicia se ha intentado fortalecer a través de dos vías principalmente: a) por un lado, creando un sistema de defensores de oficio que puedan cubrir las necesidades de asesoría jurídica de la población de escasos recursos; a nivel federal esta función es llevada a cabo por el “Instituto Federal de Defensoría Pública”, organismos dependiente del Poder Judicial de la Federación creado en 1998; b) por otro lado, se han creado organismos “para-judiciales” que intentan proteger sectorialmente derechos de los particulares desde el ámbito administrativo; con ese objetivo nacen instituciones como la Procuraduría Federal del Consumidor, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la Procuraduría Agraria, etcétera.¹⁴²

El artículo 17 establece el derecho de acceso a la justicia y precisa que su impartición es gratuita y que, en consecuencia, quedan prohibidas las costas judiciales. Esto significa que el servicio que prestan los tribunales no puede generar para las personas que acuden ante ellos ningún tipo de obligación de retribuir a los funcionarios judiciales. Así lo ha reconocido la siguiente tesis jurisprudencial:

COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL. Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, novena época, pleno, tesis P/J, 72/99, p. 19.

Las costas procesales deben ser distinguidas de los gastos que se generan por un proceso judicial;¹⁴³ así, las partes litigantes en algunos tipos de procesos deben cubrir los gastos de sus abogados o los gastos que se generen por el ofrecimiento de ciertas pruebas (por ejemplo pruebas periciales). Como es obvio, gastos como los mencionados no están comprendidos dentro de la prohibición

¹⁴² Fix-Fierro, Héctor, “Artículo 17”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003, t. I, p. 259.

¹⁴³ Ovalle Favela, José, “Costas procesales”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. II, p. 658.

del artículo 17 constitucional. En algunos procesos, el órgano judicial puede condenar a la parte derrotada a cubrir los gastos de la otra parte, aunque en la práctica rara vez se verifica esa condena (llamada condena en costas).¹⁴⁴

Una cuestión distinta de la prohibición del artículo 17 se presenta en la práctica de nuestros juzgados y tribunales en los que funcionarios de diverso rango están acostumbrados a que los litigantes les entreguen pequeñas o grandes cantidades de dinero a cambio de hacer su trabajo. Se trata de una práctica muy extendida (más en algunas jurisdicciones que en otras y en algunos lugares de la República más que presente que en otros) que no solamente viola el artículo 17 constitucional, sino que directamente cae en varios supuestos previstos por la legislación penal, por lo que hay que combatirla con toda determinación y energía.

La jurisprudencia ha precisado que el mandato de acceso a la justicia del artículo 17 constitucional impide que los órganos judiciales estén remitiendo a otros órganos asuntos de los que deben conocer por mandato de la ley. Las mencionadas remisiones, según la misma jurisprudencia, serían violatorias del artículo 17 puesto que impedirían un adecuado acceso a la justicia. Así lo dispone la siguiente tesis:

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. DEBEN OBSERVAR EL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO QUE ESTABLECE QUE NINGÚN ÓRGANO JURISDICCIONAL, SIENDO COMPETENTE, ESTÁ FACULTADO PARA ABSTENERSE DE RESOLVER LOS ASUNTOS QUE SE PRESENTEN A SU CONOCIMIENTO, NI PARA REMITIR EL NEGOCIO A OTRO TRIBUNAL. Si bien es cierto que el ejercicio de la función jurisdiccional implica que cada juzgador atienda a su propia convicción y, por ello, no puede obligarse a los miembros de un tribunal colegiado de circuito a emitir sus votos de manera coincidente, con el único propósito de fallar un asunto, también es verdad que esa libertad no llega al extremo de permitirles se abstengan de resolver, pues el artículo 17 de la Constitución federal garantiza esa decisión, la cual se entorpece cuando un expediente es remitido de un tribunal a otro, por imposibilidad para fallar al no existir consenso de sus miembros, porque esa abstención del cuerpo colegiado, que provoca demoras y suspicacias, repercute no sólo en detrimento del particular que busca justicia, sino de la sociedad, que exige la garantía de que los tribunales del Poder Judicial de la Federación actúen con independencia, y de que no pese sobre ellos la sombra de presiones ajenas a su deber que les impida declarar el derecho en todos los casos que se presenten a su conocimiento. Además, la aparente imposibilidad para resolver los asuntos del conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, no existe, porque la propia ley los autoriza a tomar decisiones por mayoría de votos, por lo que siendo tres los integrantes de cada uno de esos órganos, y establecido que necesariamente

¹⁴⁴ Fix-Fierro, Héctor, “Artículo 17”, *cit.*, p. 258.

habrán de dictar resolución, siempre habrá posibilidad de alcanzar mayoría respecto de cada uno de los puntos jurídicos que en orden de preferencia lógica se vayan tratando. Luego, cuando los miembros de un tribunal colegiado de circuito presenten diferentes posturas de solución, ello no significa la imposibilidad para llegar a una decisión, ya que aun cuando ésta no sea aprobada de manera unánime, y por más que se presenten aspectos a consideración del órgano colegiado, siempre será factible que cada una de las propuestas se analice y decida por el tribunal en forma lógica y por opciones preferentes. En este orden, es dable concluir que los tribunales colegiados de circuito deben observar el principio general de derecho que establece que ningún órgano jurisdiccional, siendo competente, está facultado para abstenerse de resolver un asunto, ni para remitir el expediente a otro tribunal, salvo los casos de incompetencia o de impedimento de dos o más de sus miembros. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVIII/99, p. 48.

3. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

El artículo 17 constitucional establece, como ya lo hemos visto, la prohibición de autotutela y garantiza el acceso a la justicia a fin de que quien ha visto violado un derecho o incumplida una obligación pueda dirigirse a los tribunales para que se atienda su pretensión. Además, el mismo precepto dispone que los tribunales estarán “expeditos” para impartir justicia “en los plazos y términos que fijen las leyes” y que sus resoluciones deberán ser “prontas”. A partir de estas disposiciones podemos concluir que la Constitución establece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, un derecho a que los tribunales resuelvan los juicios que se les planteen dentro de los plazos que establezca la ley.

En materia penal la Constitución decidió no dejar al legislador la potestad de establecer los plazos para el proceso correspondiente, sino que directamente los fijó. La fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional dispone que el inculcado tiene derecho a ser juzgado en un plazo máximo de cuatro meses si se le acusa de un delito cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y en un año si la pena excediere de ese tiempo, aunque señala la salvedad de que pueda solicitar un plazo más amplio para su defensa. En la práctica estos plazos no siempre se cumplen, por una serie de razones imputables tanto a la falta de diligencia y pericia de los juzgadores como a las prácticas de obstrucción del proceso que a veces utilizan las partes.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Sobre la duración del proceso penal, Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, AD-HOC, 2002.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es el reflejo constitucional de la conocida máxima según la cual “justicia retardada no es justicia”, es decir, que si una sentencia llega fuera de tiempo en realidad no sirve para nada. Para ser eficaz, el ejercicio de la jurisdicción debe ser tan rápido como lo permitan los derechos procesales de los justiciables.

La jurisprudencia ha señalado que la potestad legislativa para fijar los plazos de duración del proceso no es ilimitada y que para fijarla correctamente el legislador debe tomar en cuenta que la Constitución ordena que la justicia se administre de forma expedita; así se sostiene en el siguiente criterio:

JUSTICIA, ACCESO A LA. La potestad que se otorga al legislador en el artículo 17 de la Constitución General de la República, para fijar los plazos y términos conforme a los cuales aquélla se administrará no es ilimitada, por lo que los presupuestos o requisitos legales que se establezcan para obtener ante un tribunal una resolución sobre el fondo de lo pedido deben encontrar justificación constitucional. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la norma fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, novena época, pleno, P/J. 113/2001, p. 5.

4. Independencia judicial y ejecución de las sentencias

El penúltimo párrafo del artículo 17 constitucional señala la obligación del legislador (tanto del federal como de los locales en cada entidad federativa) de establecer los medios necesarios para asegurar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La independencia judicial es un prerequisite para el adecuado funcionamiento de la justicia.¹⁴⁶ Si no hay independencia de los jueces lo más probable es que todos los asuntos en los que existan “intereses” —tanto económicos como políticos— por parte de algún poder o de algún particular no se resuelvan de forma imparcial, provocando una quiebra notable del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley.

Los jueces deben estar sujetos únicamente a las leyes, manteniéndose extraños a los intereses de las partes en conflicto (esto es, justamente, la imparcialidad).¹⁴⁷ Para lograr su independencia los jueces deben estar institucionalmente separados de los demás poderes, es decir, el Poder Ejecutivo no debe tener sus propios tribunales sino que la función de aplicar las normas generales a los casos concretos de forma obligatoria debe pertenecer por entero a órganos formal y materialmente judiciales.

La vertiente tradicional de la independencia de los jueces ha sido hacia fuera del propio Poder Judicial. En muchos países, sin embargo, queda pendiente la construcción de la “independencia interna”, que consiste en que cada juez y cada magistrado no sean presionados por las instancias superiores para decidir de determinada manera algún caso. En todo lo anterior tiene que ver la integración y competencia del órgano de gobierno del Poder Judicial,¹⁴⁸ que en México es el Consejo de la Judicatura Federal a nivel justamente federal.

Hay diversos mecanismos institucionales que contribuyen a fortalecer la independencia del Poder Judicial. Por ejemplo, la independencia comienza desde el diseño de los sistemas de nombramiento y promoción; si los mecanismos para ser nombrado juez o promovido en la carrera judicial son objetivos y transparentes, es obvio que la independencia entendida como “no sujeción” del juez a ningún tipo de interés o mandato tanto externo como interno será mucho mayor que en caso contrario. Esto requiere un buen sistema de carrera judicial en el que se definan con precisión los requisitos para los ascensos, se objetivice de la mejor manera posible el cumplimiento de los mismos y se nombren las autoridades encargadas de verificarlo.

¹⁴⁶ Sobre el concepto de independencia judicial puede verse, entre otros, Otto, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 57 y ss.; en general, Simon, Dieter, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.

¹⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 580.

¹⁴⁸ Ver las interesantes observaciones, referidas al caso español, de Andrés Ibáñez, Perfecto, “Poder Judicial y juez en el Estado constitucional. El sistema de consejo”, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999; dentro de esa misma obra conviene revisar también el ensayo de Pizzorusso, Alessandro, “Medio siglo de Poder Judicial en Italia”, pp. 89 y ss.

De la misma forma, la independencia judicial requiere de un sistema razonable de remuneraciones, de estabilidad o incluso de inamovilidad y mecanismos claros y objetivos de responsabilidad para los encargados de impartir justicia. Con todos esos elementos se puede construir un aparato judicial más o menos independiente. Digo más o menos independiente porque, por más garantías institucionales que se tengan, la independencia de un juez, en última instancia, depende de su propio talante personal y de su voluntad por permanecer ajeno a los intereses de las partes y del objeto del litigio. Si esa convicción personal de imparcialidad no existe es probable que la mayoría de los mecanismos institucionales que se han mencionado para asegurar su independencia sirvan de muy poco.

En relación con el mandato del artículo 17 constitucional en el sentido de que las leyes deben establecer los medios necesarios para la plena ejecución de las sentencias, cabe recordar que el Poder Judicial no tiene medios “físicos” para hacer cumplir sus determinaciones. Requiere del apoyo del Poder Ejecutivo para mandar detener a una persona (a través de las policías ministerial, judicial o preventiva, según las competencias que establezca la ley en cada nivel de gobierno), lo mismo que para ejecutar una pena privativa de la libertad o para llevar a cabo un desalojo cuando los poseedores del inmueble se opongan a la entrega voluntaria del mismo. Por esa razón, el propio texto constitucional establece en el artículo 89 fracción XII como una obligación del presidente de la República “Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones”.

Sobre la ejecución de las sentencias la jurisprudencia no es muy abundante. Se puede citar, de entre las pocas que existen, la siguiente tesis:

SENTENCIAS. SU CUMPLIMIENTO ES INELUDIBLE. De acuerdo al contenido del artículo 17 constitucional, es una garantía la plena ejecución de las resoluciones que dicten los tribunales; en razón de ello, quien queda constreñido al acatamiento de una sentencia no puede pretender eximirse de esa obligación alegando alguna circunstancia ajena a la litis. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis I. 7o. A. 20 K, p. 799.

Cabe mencionar que en los últimos años, en la medida en que el Poder Judicial ha ido conociendo de litigios con gran impacto social, se han acentuado las resistencias a cumplir con sus determinaciones. Algunos actores políticos se han opuesto públicamente a acatar determinaciones judiciales, lo que ha generado en ciertos momentos tensiones considerables. Como consecuencia, en parte, de esas resistencias, ha sido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

Federación el órgano que con más insistencia ha tenido que definir el sentido de lo dispuesto en el artículo 17.¹⁴⁹

5. *Deudas civiles*

El último párrafo del artículo 17 constitucional contiene la prohibición de sancionar con pena de prisión a una persona por deudas de carácter civil. Lo que está haciendo este precepto, entre otras cuestiones, es introducir una distinción fundamental entre las sanciones en materia penal y las sanciones en materia civil (entendiendo la materia civil, tal como se hizo para efectos de la interpretación del párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución, en sentido amplio, es decir, como toda materia que no sea penal, con excepción del derecho fiscal).

En consecuencia, las sanciones que consistan en una privación de la libertad (salvo el arresto hasta por 36 horas previsto como sanción administrativa en el artículo 21 constitucional), solamente se pueden imponer cuando se acredite la comisión de una conducta penal; en materia civil el legislador está obligado a buscar otro tipo de sanciones, por ejemplo sanciones que recaigan sobre los bienes del deudor o sobre el fruto de su trabajo.

El párrafo que se analiza también impone al legislador la prohibición de traducir como penales conductas que solamente tienen consecuencias civiles y, en ese sentido, refuerza los mandatos de proporcionalidad e intervención mínima del derecho penal que deben ser observados en cualquier sistema jurídico democrático. En este sentido, el juez constitucional deberá estar muy atento a la hora de conocer de la impugnación por posible inconstitucionalidad de algunos delitos patrimoniales como el fraude (en algunas de sus modalidades) o la emisión de cheques sin fondos.

La prohibición de privar de la libertad a una persona por deudas civiles tiene antecedentes en el derecho romano.¹⁵⁰ Actualmente se recoge también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 11 dispone que “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 7.7. establece que “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

¹⁴⁹ Ver por ejemplo las tesis que se encuentran en TEPJF, *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2002*, México, TEPJF, 2003, pp. 403-405 (en el tomo de tesis relevantes).

¹⁵⁰ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 428.

XV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Uno de los principios básicos del derecho penal moderno y del derecho constitucional en la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que rige en México.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito. A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculpado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para la comunidad.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta:

—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.¹⁵¹

Como se dijo, 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 se puede privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. El mismo Ferrajoli señala:

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.¹⁵²

¹⁵¹ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 549.

¹⁵² *Ibidem*, p. 559.

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción de los correspondientes artículos constitucionales que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que en caso contrario se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, si no 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.¹⁵³ Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; ¿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 este 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 una relevancia cuasiconstitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expues-

¹⁵³ También el artículo 18 constitucional se refiere a la prisión preventiva, la cual sólo se podrá decretar “por delito que merezca pena corporal; los que se encuentren en prisión preventiva permanecerán separados de quienes ya han sido sentenciados”.

to a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.¹⁵⁴

El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

En el texto constitucional mexicano la presunción de inocencia no está expresamente reconocida, aunque puede entenderse que está presente *a contrario sensu* a partir de la interpretación de las normas constitucionales que establecen una serie de requisitos para que una persona sea privada de su libertad.

La jurisprudencia ha reconocido que la presunción de inocencia está implícitamente reconocida en el texto constitucional, según se establece en la siguiente tesis:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corres-

¹⁵⁴ “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, cit., p. 112.

ponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, p. 14.

XVI. LA PENA DE PRISIÓN Y LA CERCANÍA CON EL DOMICILIO

Aunque, como se dijo al inicio de este capítulo, no se abordarán las cuestiones que prevé la Constitución en materia penal, hay un tema sobre el que quisiera hacer una breve mención debido a su carácter novedoso y a la significación garantista y humanista que contiene. Antes de abordarlo conviene realizar algunas consideraciones generales sobre la pena de prisión.

La privación de la libertad como consecuencia de la comisión de un delito es una de las sanciones (quizá la más extendida en la actualidad) que impone el moderno derecho penal. Su uso no siempre ha existido, ya que en otros tiempos han predominado otro tipo de sanciones penales. La historia de las penas es uno de los capítulos más oscuros del Estado moderno y ha sido escenario tradicional de violación de los derechos fundamentales. Como lo afirma Luigi Ferrajoli,¹⁵⁵

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia inflingida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno... el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos... Se puede decir que no ha habido aflicción, desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia... si la historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la

¹⁵⁵ *Derecho y razón, cit.*, pp. 385-387.

historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas, que lleva no poca responsabilidad por los horrores cometidos...

Actualmente la prisión como pena está siendo objeto de severas críticas, sobre todo porque no parece cumplir con la misión que, al menos en México, la Constitución le encomienda: la readaptación social de quienes han delinquido. A su inutilidad, hay que sumar que la prisión supone una serie de violencias agregadas a la propia privación de la libertad que los reos deben soportar. Son comunes los maltratos físicos y psicológicos en las prisiones, en donde abundan los intentos de suicidio, las violaciones, los homicidios y el tráfico de todo tipo de bienes y sustancias lícitos e ilícitos. Por eso es que algunos autores han señalado la necesidad de reducir el uso de la prisión como pena y acudir a otros mecanismos sancionadores, por un lado, y también avanzar hacia una reducción sustancial del tiempo de duración de las condenas, que actualmente en México pueden alcanzar la desproporcionada cifra de 50 o hasta 60 años. Ferrajoli ha propuesto que ninguna pena de prisión supere el término de diez años.¹⁵⁶

En el derecho internacional de los derechos humanos hay varias referencias interesantes sobre el tema de la privación de la libertad. Por ejemplo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. A) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

B) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y a su condición jurídica.

El hecho de que el artículo que se acaba de transcribir tenga un contenido parcialmente idéntico al de nuestro artículo 18 constitucional significa que la Constitución mexicana ha adoptado parámetros internacionalmente aceptables en materia de derechos de las personas privadas de su libertad, pero también significa que el hecho de que esos derechos no sean respetados no es solamente

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 414 y 415.

una cuestión interna, sino que incluso puede acarrear responsabilidades internacionales.

Para interpretar correctamente el artículo 10 del Pacto se debe atender a lo que señala la Observación General número 21 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, emitida en 1992.¹⁵⁷

Pasemos ahora a estudiar el tema concreto que, dentro del conjunto del artículo 18 constitucional, tiene interés para efecto de nuestra exposición.

El párrafo sexto del artículo 18 constitucional dispone lo siguiente: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social”.

El párrafo transcrito fue introducido por la llamada reforma constitucional “en materia indígena”, publicada el 21 de agosto de 2001 en el *Diario Oficial de la Federación*. En realidad, como se desprende claramente de su texto, el párrafo mencionado no se refiere en exclusiva a los indígenas, sino que protege y beneficia a todos los habitantes de México. Es uno de los aspectos más positivos, al menos en su intención, que contiene la reforma constitucional mencionada.

Algunas de las iniciativas de reforma constitucional que se habían generado en los últimos años también en materia indígena y que finalmente no fueron aprobadas, asignaban el beneficio de la cercanía al domicilio durante la compurgación de la pena solamente a los propios indígenas.¹⁵⁸ Hay que juzgar como algo positivo el hecho de que el texto finalmente aprobado se haya considerado que debía ser una prerrogativa de todos y no solamente de los indígenas (lo cual, evidentemente, no excluye a estos últimos).

Conviene subrayar que el texto del artículo 18 se refiere solamente a los sentenciados, no a quienes se encuentran en prisión preventiva en espera de recibir una resolución judicial definitiva.¹⁵⁹

La posibilidad de cumplir con las penas privativas de la libertad en los establecimientos más cercanos a su domicilio tiene muchas ventajas y ayuda significativamente a propiciar las condiciones para la vuelta de los reos a su comu-

¹⁵⁷ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 432-435.

¹⁵⁸ Tal es el caso de las iniciativas de la COCOPA de noviembre de 1996, la de Ejecutivo Federal de marzo de 1998 y la del PAN también de marzo del mismo año; no así la del PVEM presentada en el mismo mes y año que las dos últimas.

¹⁵⁹ García Ramírez, Sergio, “Artículo 18”, en VV.AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., t. I, México, UNAM, Porrúa, 2003, pp. 286 y 287.

nidad. Entre las ventajas más importantes se encuentra la de que puedan ser visitados por sus familiares, cosa que se dificulta de manera importante si el reo está lejos de donde vive su familia. Mantener el contacto con los familiares y amigos es una prerrogativa que siempre debe incentivarse y que redundará en un mayor bienestar físico y síquico para los internos en un establecimiento penitenciario.

La cercanía con el domicilio hace posible que se lleve a cabo con normalidad la visita íntima y la convivencia frecuente con los cónyuges y familiares. La misma disposición beneficia también a las familias de los reos, las cuales tienen que soportar una carga añadida si para verlos deben hacer largos recorridos; la lejanía del domicilio comporta un aumento de los gastos y sacrificios por razón de desplazamiento, los cuales se vienen a sumar a los otros gastos y sacrificios que siempre acompañan a la privación de la libertad de un familiar, sobre todo en un contexto penitenciario tan profundamente corrupto como el mexicano.

Una cuestión que llama la atención en el nuevo texto es el hecho que, al menos en su literalidad, el artículo 18 considera potestativo el acercamiento de los sentenciados a su domicilio. La consecuencia es que, de acuerdo con García Ramírez, para realizarlo se deberá de contar con la voluntad tanto de la autoridad como del preso.¹⁶⁰

Desde mi punto de vista, puesto que los primeros 29 artículos de la Constitución consagran derechos para los individuos y no medidas graciosas (o arbitrarias, según se vea) para las autoridades, basta con la voluntad del interno, sin que la autoridad se pueda oponer a ella, a menos que con el traslado se pueda poner en riesgo algún otro bien de rango constitucional (como lo es el mandato de readaptación social previsto en el párrafo segundo del mismo artículo 18). El propio García Ramírez parece reconocerlo cuando afirma que, en términos generales, con la reforma de 2001 “ha surgido un derecho, una garantía individual más, a favor de los sentenciados”.¹⁶¹

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 287.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 288.

XVII. LA PENA DE MUERTE

El artículo 22 constitucional hace referencia a la pena de muerte en su cuarto párrafo cuyo texto establece:

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

La lucha contra la pena de muerte es uno de los temas más clásicos dentro del ámbito de los derechos humanos. En el fondo, su erradicación en los países democráticos se inscribe en un proceso de más largos alcances que tiene por objeto la humanización del sistema penal en su conjunto y de las penas en particular.

La pena de muerte ha estado presente en varios momentos de la historia constitucional de México. Por ejemplo, en el artículo 181 de las Bases Orgánicas de 1843 se disponía que “La pena de muerte se impondrá sin aplicar ninguna otra especie de padecimientos físicos que importen más que la simple privación de la vida”. En la Constitución de 1857 se anuda la prohibición de la pena de muerte con el establecimiento de un sistema penitenciario; su artículo 23 establecía lo siguiente:

Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.

El tema de la pena de muerte fue objeto de algunos debates en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Para algunos diputados constituyentes era obvio que la pena de muerte no debía permitirse en el texto constitucional. Así, el diputado De los Ríos en una memorable intervención señaló que

En la conciencia de todos los hombres avanzados, en el criterio de todos los hombres liberales y rectos está ya escrita la abolición de la pena de muerte, por inútil y por injusta... la pena de muerte no se apoya en ningún derecho, no es sino una guerra declarada por la nación a un ciudadano... si las leyes son hechas para dulcificar las costumbres, si ese es su objeto, ¿cómo se va a pretender, señores, que se mate castigando al asesino?, ¿no es absurdo pensar que se pueda ordenar una muerte pública

para prohibir a los ciudadanos el asesinato?, ¿qué se debe pensar mirando a los sabios magistrados, a los ministros encargados de la justicia mandar a la muerte a un reo con indiferencia, con tranquilidad, con ceremonia?

Al diputado Cravioto le preocupaba que la pena de muerte se pudiera imponer también a los culpables del delito de violación y que se extendiera a menores de edad y mujeres. El diputado Heriberto Jara sostuvo que “cuando en un país se echa mano a la pena de muerte con mayor frecuencia, cuando se suceden casi a diario las ejecuciones, eso indica debilidad, porque no se cuenta con otro remedio que privar de la vida al que delinquiró”. Finalmente, el artículo 22 fue objeto de dos votaciones; en la primera para aprobar el texto en los términos en que se encuentra actualmente (salvo las reformas que se han sucedido con posterioridad a 1917, como es obvio) y otra con la propuesta de incluir el delito de violación como conducta sancionable también con pena de muerte. La primera su aprobada por 110 votos a favor y 71 en contra. La segunda fue derrotada por 119 votos en contra y 58 a favor.

Cabe recordar que, a lo largo de la historia del derecho penal, la pena de muerte se ha aplicado de muchas formas, con una crueldad muy difícil de entender e imposible de justificar. Su ejecución se ha producido por lapidación, por la hoguera, por desmembramiento, por enterramiento en vida, etcétera.¹⁶² Como señala Luigi Ferrajoli, “la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares”.¹⁶³

Actualmente, aunque podría parecer un tema ya suficientemente discutido y hasta agotado, la pena de muerte sigue teniendo sus defensores y, por desgracia, todavía se aplica en muchos países. Quienes la defienden consideran que es una medida eficaz para combatir la delincuencia y que es necesaria para defender a la sociedad de los delincuentes. Es obvio que ninguno de esos argumentos es verdadero; todas las evidencias empíricas demuestran que en aquellos países donde la pena de muerte se aplica no han disminuido los índices

¹⁶² Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, en Díaz-Aranda, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga, *Pena de muerte*, México, UNAM, INACIPE, 2003, p. 31.

¹⁶³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 386.

delictivos. Los defensores de esta pena más bien intentan disfrazar sus deseos de venganza con tintes de legalidad.¹⁶⁴

Hay muchos argumentos en contra de la pena de muerte. Intentaré resumir a continuación algunos de ellos.¹⁶⁵ La pena de muerte es

- Éticamente reprochable;
- Contraria a los fines que deben tener las penas en un Estado de derecho, ya que no es compatible ni con los fines de prevención general ni con los de prevención especial;
- Es irreversible e irreparable, con lo cual causa un daño que no toma en cuenta el dato esencial de la falibilidad de la administración de justicia (como de todo lo humano);
- Es un acto de venganza propio de las sociedades premodernas;
- Constituye una sanción también para los familiares;
- No respeta la máxima kantiana según la cual toda persona debe ser tratada como un fin en sí misma y nunca como un medio para lograr cualquier tipo de objetivo; la imposición de la pena de muerte busca lograr objetivos que van más allá de la propia persona sentenciada.

Las cuestiones que tenemos que abordar luego de haber realizado las consideraciones precedentes son: *a)* qué establece el artículo 22 en relación con la pena de muerte; y *b)* qué disponen los tratados internacionales en la materia.

Sobre el significado del artículo 22, Olga Islas ha señalado con mucha precisión que establece las siguientes prohibiciones:¹⁶⁶

- Se prohíbe expresamente la instauración por vía legislativa de la pena de muerte para delitos políticos.
- Se prohíbe implícitamente al legislador instaurar la pena de muerte para delitos distintos de los enumerados en el propio artículo 22.
- Se prohíbe expresamente al juzgador (haciendo una interpretación armónica de los artículos 22 y 133 última parte) aplicar la pena de muerte que el legislador, violando la prohibición del artículo 22, haya instaurado en relación con los delitos políticos;

¹⁶⁴ Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, *cit.*, p. 36.

¹⁶⁵ Sigo, en lo general, la exposición de Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, *cit.*, pp. 41 y 42.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 58.

- Se prohíbe expresamente al juzgador aplicar la pena de muerte que el legislador, violando la prohibición del artículo 22, haya instaurado en relación con delitos distintos a los mencionados por ese precepto.
- Se prohíbe expresamente al órgano encargado de realizar la ejecución cumplir con la condena de pena muerte por algún delito político.
- Se prohíbe expresamente al órgano encargado de realizar la ejecución cumplir con la condena de pena muerte por algún delito distinto a los previstos en el artículo 22 constitucional.

Lo que sí autoriza el artículo 22 es que por mandato legislativo se pueda establecer la pena de muerte para los delitos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, por plagio, al salteador de caminos, al pirata y por delitos graves del orden militar. Se trata de una “habilitación” para el legislador, pero no de un mandato. Es decir, la Constitución le permite al legislador imponer la pena de muerte como sanción para quienes cometan esa conducta, pero no lo obliga a que tome esa determinación. Puede no tomarla, tal y como sucede en todos y cada uno de los códigos penales de la República mexicana, incluyendo el Código Penal Federal. Solamente en la legislación punitiva castrense se prevé actualmente la pena de muerte como sanción por la comisión de algunos delitos graves del orden militar.

En cuanto a la legislación internacional, el dato más relevante para México se encuentra en el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Su texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente:

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Me parece que para los efectos de una correcta comprensión de la pena de muerte en México, hay que reparar especialmente en dos aspectos: *a)* en el contenido del párrafo 3; y *b)* en la última frase del párrafo 2 que señala que “Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.

¿Cómo debemos entender que la pena de muerte no se puede restablecer cuando ya ha sido abolida y qué efectos tiene en México ese mandato? Si, como ya se ha dicho, los únicos supuestos en que la legislación penal todavía contempla la pena de muerte en México se encuentran en el Código de Justicia Militar, debemos entender que para el resto de delitos que menciona el artículo 22 constitucional la pena de muerte ha sido abolida. Por tanto, México se ha obligado internacionalmente a no reinstaurarla en esos casos.¹⁶⁷

En segundo lugar, cabe preguntarse ¿qué significado hay que darle a la prohibición de que la pena de muerte no se extienda a delitos a los que actualmente no se aplique prevista en el párrafo 2 última parte? En buena medida este mandato contribuye a reforzar la prohibición del párrafo 3, pero creo que añade algo al utilizar el concepto de “aplicación”; me parece que podemos sostener que una pena no se aplica cuando deja de ser impuesta y/o ejecutada durante un tiempo razonable. Si eso sucede, la Convención nos indica que no podría volver a aplicarse. En virtud de que la última vez que fue ejecutada una sentencia de pena de muerte en México fue el 17 de junio de 1957,¹⁶⁸ parece que habría algún argumento para considerar que nuestro país ya se ha situado en el supuesto de la última parte del párrafo 2 del artículo 4o. de la Convención Americana. En ese caso, ya para ningún supuesto podría volver a imponerse la pena de muerte y habría que considerar los preceptos del Código de Justicia Militar que la contemplan como contrarios a la Convención Americana y por ello contrarios también a la Constitución a la luz del criterio del Pleno de la Suprema Corte sobre jerarquía normativa de los tratados internacionales recogido en la tesis 77/99.

Desde luego, para que no cupiera ninguna duda sobre la posibilidad o imposibilidad de que se imponga la pena de muerte en los delitos para los que todavía está contemplada, sería importante acometer una reforma del artículo 22, cuyo contenido ha sido el tiempo el que lo ha desacreditado y superado antes que cualquier otro factor: términos como los de “pirata”, “incendiario” o “salteador de caminos” quizá pudieran tener algún significado hace un par de si-

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 63.

¹⁶⁸ Díaz-Aranda, Enrique, “Contra la pena de muerte”, en Díaz-Aranda, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga, *Pena de muerte, cit.*, p. 66.

glos, pero desde luego que no pueden tenerlo en absoluto para nuestros contemporáneos ordenamientos jurídicos.

XVIII. EL DERECHO DE PROPIEDAD (ARTÍCULO 27)

El derecho de propiedad es un importante punto de confluencia de la economía, la política y el derecho. De la regulación que se haga del derecho a la propiedad dependerá la definición del sistema económico (capitalista, comunista, socialista, mixto, etcétera), la definición del sistema político (democracia, dictadura) y desde luego, desde un punto de vista jurídico, la definición y el goce de otros derechos. La forma de reconocer el derecho a la propiedad evidentemente va a incidir en el derecho a la vivienda, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente, etcétera, tal como lo demuestra la experiencia histórica.

De su importancia deriva seguramente el hecho de que las normas sobre la propiedad hayan sido casi siempre manipuladas por los grandes factores reales de poder; como lo señala Alejandro Nieto, “parece evidente que las normas relacionadas con la propiedad, más que ningunas otras, son especialmente sensibles a las influencias de unos grupos económicos, que no sólo provocan la creación de tales normas, sino que imponen su permanencia y controlan su aplicación práctica”.¹⁶⁹ Y si esto es verdad para todas las normas jurídicas, de cualquier tipo y nivel, que regulan a la propiedad, lo es todavía más en el caso de las normas constitucionales que la contemplan.

La propiedad como objeto de regulación de los textos constitucionales aparece desde las primeras etapas del Estado constitucional; basta recordar que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que “El derecho de propiedad es el que tiene todo ciudadano para gozar, disponer, de acuerdo con su criterio, de sus bienes, de sus ganancias, del fruto de su trabajo y de su laboriosidad”. Antes incluso, la Declaración de 1789 dedicaba dos artículos a la propiedad. En su artículo 2o. se incluía a la propiedad entre los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, junto a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión; por su parte, el artículo 17 de la misma Declaración de 1789 establecía el que seguramente es uno de los primeros antecedentes de la expropiación, al menos consagrado a nivel supra-legal; según este precepto: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando lo exija evidentemente la

¹⁶⁹ Nieto, Alejandro, *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, CEPC, 2001, p. 263.

necesidad pública, legalmente comprobada, y a condición de una indemnización justa y previa”.

Para algunos pensadores del siglo XIX, la propiedad era un requisito para ejercer otros derechos, como los derechos políticos. En esta tesitura se ubicaba Benjamín Constant, quien escribió en su obra *Principios de política* de 1815 que

En las sociedades actuales el nacimiento en el país y la madurez en la edad no son suficientes para conferir a los hombres las cualidades apropiadas para el ejercicio de los derechos de ciudadanía. Aquellos a quienes la indigencia retiene en una eterna dependencia y les condena a trabajar todos los días, saben tanto de los asuntos públicos como los niños y no tienen más interés que los extranjeros en la prosperidad nacional, cuya composición desconocen y cuyas ventajas no comparten más que de manera indirecta... Hace falta, pues, otra condición además del nacimiento y de la edad prescrita por la ley. Esa condición es el ocio. Sólo la propiedad asegura ese ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capaces para el ejercicio de los derechos políticos.

En el caso del sistema jurídico mexicano el estudio del derecho de propiedad presenta algunas dificultades añadidas a las que el tema tiene en general en todos los países democráticos. Sucede que el tema de la propiedad ha generado en México muchos de los más sangrientos conflictos en la vida del país. Los enfrentamientos por la posesión y la propiedad de la tierra han sido una constante desde que México nace como nación independiente y todavía perduran hasta nuestros días. Eso ha generado diversas consecuencias para el sistema jurídico constitucional; así, llama la atención la detallada regulación que sobre el tema contiene el artículo 27. Estudiar en todo su alcance esa regulación sería una tarea muy compleja y que excede los límites de un análisis sobre los derechos fundamentales. En gran medida, corresponde al derecho agrario estudiar el régimen constitucional de la propiedad, sobre todo en su modalidad colectiva y comunal, así como los mecanismos para el reparto de la tierra y para solucionar los conflictos que surjan en torno al tema. De la misma forma, una parte sustancial del derecho de propiedad corresponde a la rama del derecho civil. La propiedad de bosques y aguas es objeto de análisis del derecho administrativo en sus diferentes ramas (derecho forestal, derechos de aguas, etcétera). Para efecto de nuestro estudio nos detendremos solamente en algunas cuestiones básicas del artículo 27, como lo relativo a la propiedad privada y sus “modalidades”, y el tema de la expropiación.

El artículo 27 establece la llamada “propiedad originaria” en su primer párrafo, cuyo texto es el siguiente: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde origina-

riamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

Como se puede apreciar, el texto del artículo 27 no contempla a la propiedad privada como un derecho fundamental, sino más bien como una garantía institucional, es decir, como una institución que deberá prever el legislador, respetando los rasgos que la definen según la costumbre y la teoría que sean aplicables.

En su tercer párrafo el artículo 27 dispone que “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...”. Sobre el concepto de “modalidades a la propiedad”, los elementos que las configuran y las autoridades competentes para establecerlas, la jurisprudencia ha sostenido los siguientes criterios:

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE. Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho. Son, pues, elementos necesarios para que se configure la modalidad, primero, el carácter general y permanente de la norma que la impone y el segundo, la modificación sustancial del derecho de propiedad en su concepción vigente. El primer elemento requiere que la regla jurídica se refiera al derecho de propiedad sin especificar ni individualizar cosa alguna, es decir, que introduzca un cambio general en el sistema de propiedad y, a la vez, que esa norma llegue a crear una situación jurídica estable. El segundo elemento implica una limitación o transformación del derecho de propiedad; así, la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. El concepto de modalidad a la propiedad privada se aclara con mayor precisión si se estudia desde el punto de vista de los efectos que produce en relación con los derechos del propietario. Los efectos de la modalidad que se imponga a la propiedad privada consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 157-162, primera parte, séptima época, pleno, p. 315.

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN NO ES EL ÚNICO FACULTADO PARA IMPONERLAS, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si bien es cierto que el Congreso de la Unión está facultado legalmente para imponer las modalidades a la propiedad privada, a través de las leyes que expida, también lo es que dicha facultad legislativa no opera en todos los casos, pues es menester para ello que el interés público que legitime constitucionalmente la imposición de la modalidad, incida en alguno de los ramos o materias que formen el cuadro competencial del citado Congreso; de manera

tal que si, por el contrario, el ramo o materia incumbe legislativamente a los Congresos de los Estados por virtud del principio contenido en el artículo 124 de la Constitución Federal, las leyes que impongan modalidades a la propiedad privada pueden provenir de éstos, lo que encuentra apoyo en lo previsto en la fracción II del artículo 121 de la Ley Fundamental que consagra el principio *lex rei sitae*, al disponer que los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación. Así, al ser evidente que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien mobiliario o inmobiliario, sin el cual tal derecho sería inconcebible, la imposición de modalidades a la propiedad repercute necesariamente en su objeto constituido por dichos bienes en cuanto a la manera o forma de usarlos, disfrutarlos y disponer de ellos. De ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las legislaturas locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades a la propiedad privada en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, implicaría un impedimento para aquéllas de establecer las modalidades necesarias en función del interés público. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, primera sala, tesis 1a. XLII/2000, p. 256.

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. SU IMPOSICIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ REFERIDA A LOS DERECHOS REALES QUE SE TENGAN SOBRE LA COSA O EL BIEN. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volúmenes 157-162, primera parte, página 315, de rubro: “PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE”, estableció que por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho y que sus efectos consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho. De lo anterior puede estimarse que la imposición de modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión o en la limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta, de manera que sólo a través de estos elementos puede existir la posibilidad de que se impongan las referidas modalidades y no simplemente cuando se afecte de cualquier manera la cosa o bien, pues debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la materia de un derecho, que el derecho en cuanto tal; es decir, la imposi-

ción de modalidades a una cosa o bien no equivale a la imposición de modalidades a los derechos reales que sobre dicha cosa o bien se tengan, sino sólo en la medida que éstos se limiten o restrinjan. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, primera sala, tesis 1a. XLI/2000, p. 257.

El segundo párrafo del artículo 27 contempla la muy conocida figura de la “expropiación por causa de utilidad pública”, en los siguientes términos: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”. El procedimiento para llevar a cabo las expropiaciones está establecido en la Ley de Expropiación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de noviembre de 1936.

La jurisprudencia ha reconocido que la facultad de expropiar corresponde tanto a la Federación como a las entidades federativas, según lo que se disponga en las respectivas leyes de la materia.¹⁷⁰ También se ha sostenido el criterio de que en materia de expropiación no rige el derecho de audiencia previa, según la siguiente tesis:

EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia carta magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia ley fundamental. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, junio de 1997, novena época, pleno, p. 44.

Respecto a la utilidad pública como requisito para llevar a cabo la expropiación la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

UTILIDAD PÚBLICA. (EXPROPIACIÓN.) Solamente la hay cuando en provecho común se sustituye la colectividad, llámese municipio, estado o nación, en el goce de la cosa expropiada. No existe cuando se priva a una persona de lo que legítimamente le pertenece para beneficiar a un particular, sea individuo, sociedad o corporación, pero siempre particular. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, pleno, tesis 182, p. 42.

¹⁷⁰ Ver *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, p. 43.

El artículo 27 constitucional establece diversas incapacidades para ser titular del derecho de propiedad privada. Así lo señala en su fracción I:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los poderes federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

También existen reglas especiales para la propiedad de las asociaciones religiosas (artículo 27, fracción II), de las instituciones de beneficencia (fracción III), de las sociedades mercantiles (fracción IV) y de los bancos (fracción V).

XIX. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- AGUIRRE NIETO, Marisa, “El derecho de la información como ciencia”, en BEL MALLÉN, Ignacio y CORREDOIRA, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , *Constitución, democracia y control*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996.
- BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *Derecho a la información. Legislación básica*, Porrúa, 2003.

- , “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.
- y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPCC, 1998.
- DALLA VIA, Alberto y BASTERRA, Marcela, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Pena de muerte*, México, UNAM, INACIPE, 2003.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991 (reimpresión).
- , “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la información*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2001.
- , “El proceso de configuración del derecho a la información”, en BEL MALLÉN, Ignacio y CORREDOIRA, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994.
- , *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.
- , *De la arbitrariedad de la administración*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., trad. de Perfecto Andrés y otros, Trotta, Madrid, 2002.
- , “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en CARBONELL, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

- , “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Artículo 17”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003, t. I.
- y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, IIJ-UNAM, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994.
- , *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998.
- GAVALDÁ, J., Bernardo, J. M. y PELLISSER, N. (eds.), *Justicia y representación mediática*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “La ley argentina de protección de datos personales y *habeas data*”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., Turín, vol. IX, 1994.
- , *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2003.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Fontamara, 2003.
- JENNEN, Susan M., *Privacy and Public Access to Electronic Court Information*, Williamsburg, National Center for State Courts, 1995.

- LAPORTA, Francisco, “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- , “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Artículo 6o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, t. I.
- , “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- MALEM, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.
- MORESO, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001.
- MÚÑOZ DE ALBA, Marcia, “*Habeas data*”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado y en Estados Unidos”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003.
- OTTO, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- , “Costas procesales”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. II, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, AD-HOC, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio, “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- , “Seguridad jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- PRIETO, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- , “La limitación constitucional del legislador penal”, en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

- RUBIO, Luis, *La democracia verdadera. Información, ciudadanía y política pública*, México, Cal y Arena, CIDAC, 1998.
- SABA, Roberto, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.
- SIMON, Dieter, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.
- STIGLITZ, Joseph E., “Sobre la libertad, el derecho a estar enterado y el discurso público”, en GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2000.
- VEGA, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 43, 1985.
- VILLANUEVA, Ernesto (comp.), *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- , “Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Una aproximación del caso mexicano desde la perspectiva comparada”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS SOCIALES

I. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social	759
1. El individuo indefenso.	761
2. Los nuevos riesgos sociales	763
3. El papel del Estado	764
4. Estado social, desempeño económico y democracia	769
5. El Estado social como Estado constitucional	771
6. El concepto de derechos sociales	775
Los derechos sociales en la teoría constitucional mexicana.	775
7. Hacia una visión normativa de los derechos sociales.	779
A. El contenido de los derechos sociales.	779
B. La exigibilidad procesal	781
8. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales	782
A. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles.	782
B. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales	786
C. El acceso a la información en materia de derechos sociales.	797
D. El papel del <i>ombudsman</i> en la protección de los derechos sociales.	798
E. La inconstitucionalidad por omisión	801
II. Derecho a la educación (artículo 3o.)	803
1. El derecho a la educación como derecho social.	803

2. Derecho a la educación y derecho internacional de los derechos humanos	804
3. Datos sobre la educación en México	811
III. Derecho a la protección de la salud (artículo 4o., párrafo tercero)	813
1. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico mexicano .	816
2. El acceso universal a los servicios de salud.	823
3. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos	826
4. Indicadores sobre la protección de la salud	841
5. Los nuevos riesgos para la salud	844
6. Derechos de las personas con discapacidad.	846
7. Derechos de los adultos mayores	859
La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.	866
IV. Derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 4o., párrafo cuarto).	870
V. Derecho a la vivienda (artículo 4o., párrafo quinto).	879
1. Vivienda digna y decorosa.	881
2. Efectos normativos del derecho a la vivienda	882
A. El derecho a la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado . . .	884
B. El derecho a la vivienda en la Observación General número 4 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales	889
3. Los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda	892
4. Algunos datos sobre la vivienda en México	894
VI. Derechos de los menores de edad (artículo 4o., párrafos sexto, séptimo y octavo).	898

1. El trabajo y la explotación infantiles	905
2. Los menores en el derecho mexicano y en el derecho internacional	908
3. Los menores de edad frente a la justicia penal	920
4. La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño	930
5. Datos sobre la niñez en el mundo	935
VII. Derechos de los consumidores (artículo 28, párrafo tercero).	937
VIII. Derechos de los trabajadores (artículo 123).	942
1. Algunos antecedentes de los derechos de los trabajadores .	943
2. Los derechos laborales como derechos fundamentales: derecho mexicano y derecho internacional	944
IX. Derecho a la alimentación	948
1. Hambrunas, población y democracia	949
2. El derecho a la alimentación como derecho fundamental .	951
A. Cuestiones empíricas	953
B. Cuestiones normativas.	957
X. Derecho al agua	961
1. El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos	962
2. El derecho al agua en México	969
XI. Bibliografía	971

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS SOCIALES

I. FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL

Antes de emprender el estudio pormenorizado de cada uno de ellos, debe tenerse presente que los derechos sociales, para ser realizados en la práctica, requieren de un cierto modelo de organización estatal,¹ de una serie de precondiciones incluso de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos, según se expone más adelante. Para decirlo de forma sintética, los tres requisitos mencionados se pueden encasillar en el concepto del “Estado social”, cuyo surgimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los derechos sociales.²

Para explicar el surgimiento, el desarrollo y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis

¹ Gerardo Pisarello señala, con razón, que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

² Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no pudo ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

y encuentra una determinada forma de justificación.³ Es muy posible que a varias les asista parte de razón, pero ninguna puede reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil, al menos en un texto como el presente, tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista; esto es lo que se hará en las páginas siguientes.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a Contreras Peláez, en pluralistas y marxistas.⁴

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras, el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socioeconómica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez se encuentra generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro;⁵ entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

³ Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio puede verse en Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁴ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

⁵ Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, Jürgen Habermas; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones:⁶

1. El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;
2. Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;
3. Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Al tratarse de condiciones *estructurales*, por decirlo de alguna manera, para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada uno de los tres aspectos que se acaban de enunciar.

1. *El individuo indefenso*

En las sociedades primitivas, y aun en las sociedades rurales premodernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia por: *a)* el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; *b)* la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo, y *c)* un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones.⁷ La vejez, la invalidez, las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales” de de-

⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

⁷ *Ibidem*, p. 13.

pendencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo.⁸

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de autoabastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda autogenerar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”.⁹

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo XX y la imagen del trabajador del siglo XIX, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, con una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral.¹⁰

Bajo el nuevo esquema al que me estoy refiriendo, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años que dura su existencia, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodidades que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es uno que dominen, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato —como lo era antes la familia o la gente de nuestra comunidad más inmediata—.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con las técnicas de organización laboral desbordan las formas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar de manera eficiente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de ese modo a las ya conocidas formas de

⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”.¹¹

2. *Los nuevos riesgos sociales*

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades premodernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

1. El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;
2. La *crisis de la familia*; como ya vimos en el capítulo segundo de este libro, el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera;
3. El *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza” y afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y
4. La *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera.

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales.

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para ello, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento.¹² Esto conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudez, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las Leyes de Bismarck, dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la Ley de Seguro de Enfermedad y Maternidad de 1883, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1884 y la Ley de Seguro de Enfermedad, Jubilación y Defunción de 1889.¹³

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala Benda, la “seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”.¹⁴

3. *El papel del Estado*

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte del Estado. Ésta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

¹² *Ibidem*, p. 22.

¹³ Ochendo Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

¹⁴ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en VV. AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse *frente* al Estado; es decir, los derechos se consideraban una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeta a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo.

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales.¹⁵

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Esto supone sobre todo un cambio en las mentalidades, derivado de una serie de convicciones sobre las que vale la pena detenerse.

La difusión de ideas humanistas derivadas del pensamiento ilustrado y los importantes avances técnicos que se suceden en el siglo XIX, generan la convicción de que la pobreza y la privación de ciertos bienes fundamentales son incompatibles con la dignidad humana, sobre todo si se toma en cuenta que los avances técnicos permiten una satisfacción universal de esos bienes.

Frente a la pobreza, las sociedades antiguas habían adoptado una actitud de resignación. Con el advenimiento de la Edad Moderna, junto a los pobres estructurales (sujetos a la pobreza por razón de edad, enfermedad o invalidez), surge un conjunto de pobres “coyunturales”, cuyos problemas derivaban de factores aleatorios como las malas cosechas, el incremento en los precios del pan, la muerte de la cabeza de familia, etcétera.¹⁶

La necesidad era atendida, en ese contexto, por las obras de la caridad privada, con frecuencia ligada a movimientos religiosos. Sin embargo, ya desde 1526, un pensador como Luis Vives defiende la necesidad de que el Estado sustituya a las iglesias en el cuidado de los menesterosos.¹⁷

También el pensamiento de la Ilustración comienza a vislumbrar el papel que corresponde al Estado frente a las necesidades sociales; por citar un ejemplo, Montesquieu afirmaba en *El espíritu de las leyes* que

¹⁵ En este sentido, Forsthooff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

¹⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 25.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27.

En los países comerciantes, donde mucha gente no tiene más que su arte, el Estado se suele ver obligado a precaver las necesidades de los ancianos, los enfermos y los huérfanos. Un Estado bien organizado saca esta subsistencia del fondo de las mismas industrias, dando a unos el trabajo de que ya son capaces y enseñando a otros a trabajar, lo que es ya un trabajo.

Las limosnas que se dan a un hombre desnudo en las calles no satisfacen las obligaciones del Estado, el cual debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido decoroso y un género de vida que no sea contrario a la salud...

Estos párrafos son importantes porque ponen de manifiesto las limitaciones de la caridad privada y señalan los aspectos en los que el Estado debe actuar para asegurar una “subsistencia segura” a todos los ciudadanos: alimentación, vestido y salud representan, según Montesquieu, los objetivos a satisfacer por el Estado, anticipando de esa forma varios de nuestros contemporáneos derechos sociales.

La tendencia hacia la institucionalización de la caridad y la ayuda a los necesitados va cobrando forma en textos jurídicos del primer constitucionalismo, como el artículo 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, que señalaba: “La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que no están en situación de trabajar”.

Las nuevas formas de pobreza que abundan en el siglo XIX generalizan la actitud de que el Estado asuma las funciones caritativas, como consecuencia —en parte— de que las necesidades rebasan notablemente la posibilidad de respuesta de los particulares. En esta actitud frente al Estado tiene una gran influencia la masificación de los derechos democráticos, que permiten que grandes grupos de personas pobres puedan ejercer el derecho de sufragio; también tiene una influencia positiva el ejercicio de la libertad de asociación, que permite sobre todo que los sindicatos y otras formas de organización obrera pongan en la mesa de la discusión “la cuestión social”.¹⁸

Lo intuyó con claridad John S. Mill en su tiempo, cuando escribió que

El gran incremento del poder electoral que la ley sitúa dentro del poder de las clases trabajadoras es permanente... pronto encontrarán los medios de hacer efectivamente instrumental su poder político electoral para promocionar sus fines comunes. Y cuando lo hagan así, no será de la manera ineficaz y desordenada que corresponde a

¹⁸ Sobre este punto, García Herrera, Miguel Ángel, “Antecedentes sociales y teóricos del Estado social: de los pobres al obrero”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IJJ-UNAM, 2000, t. I, pp. 265 y ss.

una gente no habituada al uso de la maquinaria legal y constitucional, ni tampoco mediante el impulso de un mero instinto de nivelación. Los instrumentos serán la prensa, mítines políticos y asociaciones, y el ingreso en el Parlamento del mayor número de personas posibles, comprometidas en las aspiraciones políticas de las clases trabajadoras.¹⁹

Ya se ha mencionado que los primeros derechos sociales en cuanto formas de protección a los obreros —sin alcanzar todavía el rango de derechos fundamentales— surgen tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de manera que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos.²⁰

Asistimos, en el contexto descrito, a una profunda transformación de las relaciones entre Estado y sociedad. Si en la visión del liberalismo clásico se debían mantener separadas ambas esferas, en la visión que sostiene el Estado social se interpenetran y dependen recíprocamente una de la otra. La sociedad condiciona e incide en el Estado a través de los partidos políticos, que articulan las demandas sociales y las convierten, una vez que ganan las elecciones, en normas jurídicas vinculantes.

Por su parte, el Estado interviene en la sociedad para corregir las deficiencias estructurales que derivan de la sociedad capitalista, sacudida por fenómenos recurrentes de crisis, por tasas importantes de desempleo y por la generación de un porcentaje importante de personas en situación de total precariedad, derivada de cuestiones biológicas o producida por los avances de la técnica.

Como escribe Forsthoff, “La constitución jurídica liberal empieza y acaba con la separación de Estado y sociedad... En nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se han confundido inextricablemente con los procesos sociales, no podría ya hablarse en modo alguno de una separación de Estado y sociedad”.²¹

¹⁹ *Capítulos sobre el socialismo*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 50.

²⁰ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41.

²¹ Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, cit., pp. 27 y 28.

Manuel García Pelayo describe lo anterior con las siguientes palabras: en el Estado social,

Estado y sociedad ya no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complementarias, con factores reguladores que están fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados.²²

En este contexto, el Estado asume la tarea de lo que el mismo García Pelayo ha llamado “la procura existencial”,²³ que entre otras medidas concretas comporta al menos las siguientes:²⁴

a) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo; esto puede suponer el control de los poderes privados, restricciones a las grandes concentraciones de capital, la redistribución de la riqueza, la protección de los consumidores frente a las grandes corporaciones, etcétera;

b) La seguridad en distintos aspectos vitales, lo que incluye la protección del medio ambiente, la protección frente a contingencias económicas globales, etcétera;

c) La realización de una serie de prestaciones sociales, entre las que se incluyen lo que en el capítulo segundo de este libro se ha llamado el “derecho a la renta básica” en alguna de sus manifestaciones; la procura de un puesto de trabajo para toda persona que pueda ser capaz de realizarlo, a través de la implementación por el Estado de políticas de pleno empleo; la atención de las personas afectadas por algún tipo de incapacidad o de discapacidad, como desempleados, ancianos, niños, personas con discapacidades mentales, etcétera; provisión de bienes culturales para todas las personas; acrecentamiento de prestaciones sociales, sobre todo a través de los sistemas públicos de seguros y así por el estilo.

²² García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993, p. 25.

²³ Sobre los antecedentes de este término en el derecho alemán, Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pp. 58-61.

²⁴ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 29 y 30; ver también, desde una óptica parecida, Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 53 y ss.

Se puede afirmar, intentando hacer una síntesis de algunas cuestiones que ya se han mencionado, que el Estado social se caracteriza por las siguientes notas:²⁵

- a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple el papel de estabilizar la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria), directamente productivas.

4. Estado social, desempeño económico y democracia

Hay dos cuestiones que se vuelven capitales para entender la lógica y el funcionamiento del Estado social, tanto en su origen como en su desarrollo y consolidación; la primera es la que tiene que ver con el replanteamiento del lugar de la economía en la sociedad regida por el Estado social; la segunda es la que vincula al Estado social en general con el sistema democrático,²⁶ pero concretamente con un cierto entendimiento de la democracia. Ambas cuestiones guardan una estrecha relación con los derechos fundamentales.

En el Estado social la economía adquiere un papel central, pero cambia de rostro respecto a los planteamientos que existían en el Estado liberal y, desde luego, a los que se tenían en el Antiguo Régimen. La intervención del Estado sobre los procesos productivos se incrementa, ya sea a través de la extensión de los tributos o por medio de la intervención directa de los poderes públicos en la generación de bienes o en la provisión de servicios. Un porcentaje importante del Producto Interno Bruto pasa por las arcas públicas (en algunos países pue-

²⁵ Carbonell, José, “Estado de bienestar”, en VV. AA., *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002, p. 229.

²⁶ El Estado social, “ha estado íntimamente ligado a la democracia, al grado de que es inconcebible hoy en día la existencia de aquél sin ésta y viceversa”, Carbonell, José, “Estado de bienestar”, *cit.*, p. 231.

de llegar al 60% del total de los recursos); tales recursos son utilizados en parte para realizar de forma práctica los derechos sociales.

El desarrollo del Estado social y las tareas públicas vinculadas con los derechos sociales pueden generar algunas consecuencias negativas que hay que considerar. Por ejemplo, se observa una creciente tendencia a la autoprogramación de la burocracia encargada de satisfacer los derechos sociales, de modo que los intereses de los funcionarios son puestos en ocasiones por encima de las necesidades del resto de ciudadanos.²⁷

Además de lo anterior, también cabe constatar que la extensión del aparato burocrático y la deficiente regulación a la que está sometido aumentan los ámbitos de discrecionalidad y de opacidad de los poderes públicos. En materia de derechos sociales el principio de legalidad funciona a veces de manera atenuada, por decir lo menos.²⁸

Desde un punto de vista político, el Estado social ha generado signos paternalistas y clientelares. La población se siente tentada a desmovilizarse, como consecuencia de una visión de la democracia en términos puramente delegativos o plebiscitarios. Ante el desinterés de grandes grupos de la sociedad, en algunos países el Estado simplemente ha trasladado algunos servicios públicos esenciales a manos de particulares, incrementando el riesgo de que se generen zonas opacas al control constitucional.²⁹

A pesar de sus tendencias corporativistas, hay que reconocer que en el marco del Estado social, corresponde a los órganos públicos representar al interés general, imponiéndolo contra los intereses gremiales que buscan allegarse los beneficios de la actividad prestacional del Estado para sus integrantes. Aunque las sociedades modernas son sociedades marcadas por un alto grado de corporativismo, es importante que el Estado se mantenga lo más neutral posible con respecto a los grupos enfrentados; su única prioridad deben ser los más necesitados. La realidad de muchos Estados sociales demuestra sin embargo que han sido los grupos de presión organizados los que se han logrado hacer con los beneficios de las políticas sociales.³⁰

Además, las organizaciones que tradicionalmente han reivindicado los derechos sociales muestran en la actualidad fuertes signos de oligarquización, lo

²⁷ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *cit.*, p. 116.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, pp. 65 y ss.

²⁹ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *cit.*, p. 120.

³⁰ *Ibidem*, p. 116.

que genera desconfianza de sus agremiados y extiende las tendencias burocratizantes que se observan en el interior del aparato estatal.³¹

Lo importante en este punto es señalar que el aparato estatal no debe ser rehén de los intereses creados, sino protector de todos los grupos en función de las necesidades que vayan desarrollando con respecto a los bienes básicos que suministra el Estado social (educación, salud, vivienda, un medio ambiente adecuado, calidad de vida, protección para las personas con discapacidad, etcétera). Toca al Estado, de muchas maneras, arbitrar el conflicto social, compensando en ocasiones los intereses de las partes.

Como lo escribe Benda,

La tarea más importante del Estado en el marco de su mandato de configuración social es el deber de defender los intereses generales frente a los intereses de grupo. La idea fundamental de la cláusula del Estado social apunta a que el bien común no resulta automáticamente de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos, sino que requiere que el Estado con su autoridad arbitre una compensación de intereses.³²

5. *El Estado social como Estado constitucional*

Antes de terminar con esta introducción general a las cuestiones relacionadas con los derechos sociales y antes de pasar al estudio del concepto de derechos sociales y de los concretos derechos sociales que establece la Constitución mexicana, quizá sea de interés recalcar el hecho de que, a consecuencia de todo lo que se acaba de decir, en los textos fundamentales expedidos en el siglo XX el Estado social se *constitucionaliza*, de forma que las aspiraciones sociales y las reivindicaciones obreras dejan de ser buenos deseos y pasan a generar relaciones jurídicas, no sujetas solamente a la lógica de la autonomía de la voluntad y a la forma jurídica del contrato entre las partes, sino regidas, vigiladas y en algunas circunstancias promocionadas por los poderes públicos. De esa manera, se establecen las *reglas del juego* entre el Estado y la sociedad.

Aunque cronológicamente las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales se encuentran en las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919,³³ no es sino hasta la Ley Fundamental de Bonn,

³¹ *Ibidem*, p. 117.

³² Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, *cit.*, p. 540.

³³ Para una primera aproximación al surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución de Weimar, ver Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, *cit.*, pp. 43 y ss.

de 1949, cuando la fórmula del “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.³⁴

En las primeras fórmulas de consagración de derechos sociales (por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana), más que el reconocimiento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la carta magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados; así, trabajadores y campesinos, por citar a algunos, que eran grupos que habían alimentado los movimientos revolucionarios de las primeras décadas del siglo XX y que constituían la base social indispensable para la legitimación de los poderes públicos.

En cambio, en los textos de la segunda posguerra, dictados después de 1945, lo que se observa es la consagración constitucional de todo un entramado jurídico, un verdadero cambio de paradigma constitucional. Es entonces cuando podemos decir que el Estado social se consolida, y a partir de ese momento comienza un importante proceso de expansión, tanto desde el punto de vista de sus contenidos como desde una perspectiva geográfica al incrementarse el número de países que intentan adaptarse a sus principios.³⁵

No se trata solamente de que las Constituciones a las que se hace referencia contengan solemnes manifestaciones de principio (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, dispuso el conocido artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn;³⁶ “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, señala el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978), sino que a ellas se les acompañan un conjunto de preceptos para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad y para asignar a los poderes públicos las responsabilidades concretas que se derivan de la idea general según la cual deben tutelar la “procura existencial”.

³⁴ Carmona Cuenca, *El Estado social de derecho en la Constitución*, cit., pp. 57 y ss.

³⁵ Cfr. Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 32 y 33.

³⁶ De la misma Constitución es interesante también ver el artículo 28. La importancia dada a la forma del Estado social recogida en el artículo 20 se refleja en la prohibición de que sea reformada, tal como lo dispone el artículo 79; estamos en presencia de lo que la teoría de la reforma constitucional denomina una “cláusula pétrea”. Para una introducción al estudio de los derechos sociales en Alemania, de entre lo mucho que se ha escrito, puede verse Weber, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania”, en Muñoz Machado, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 569 y ss.

En México los postulados del Estado social se han ido constitucionalizando por etapas.³⁷ En primer lugar tuvieron reconocimiento constitucional los derechos de los campesinos y los trabajadores (artículos 27 y 123). Luego se fueron incorporando en el texto constitucional otros derechos sociales, como el derecho a la vivienda, el derecho a la salud y la protección a los consumidores. Finalmente, se incorporó el llamado “capítulo económico” en la Constitución, mediante el cual se señalan las responsabilidades del Estado en materia económica.

Por desgracia, los derechos sociales en México fueron capturados por la lógica de un sistema político que basó buena parte de su legitimidad en esquemas paternalistas que más que hacer efectivos esos derechos, creó mecanismos asistencialistas; aunque esos mecanismos durante un tiempo propiciaron resultados que pueden calificarse como no manifiestamente injustos, eso fue logrado al precio de desactivar cualquier contenido normativo de los derechos sociales.

Una consecuencia clara de lo que se acaba de decir se observa al revisar la legislación de desarrollo en materia de derechos sociales; se trata de una legislación que aborda problemas fundamentalmente orgánicos, es decir, que regula a los órganos de la administración pública y reparte competencias, pero no establece prerrogativas concretas para los ciudadanos. Como señala Juan Antonio Cruz Parceró,

Una mirada a estas leyes [las de desarrollo de los derechos sociales] nos proporciona una visión de lo complejo que es este problema. Sin embargo, una nota constante en todos estos ordenamientos es la falta de claridad en el momento de proteger los “derechos”, ya que normalmente suelen conferir deberes *prima facie* al Estado a través de normas programáticas o directrices, de modo que, por mucho que se reglamente, no encontraremos, en términos generales, una protección efectiva de tales derechos. Asimismo, el lenguaje de los derechos que se utiliza en la Constitución pierde fuerza en estos ordenamientos.³⁸

Como se verá en los siguientes apartados, del hecho de que se hayan reconocido por el texto constitucional no se deriva que en la práctica los derechos so-

³⁷ Ver, con carácter general, García Ramírez, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, en su libro *Estudios jurídicos*, México, IIJ-UNAM, 2000 y Noriega Cantú, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.

³⁸ “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001, p. 103.

ciales se hayan realizado plenamente. Ya se han mencionado algunas carencias teóricas y prácticas para hacerlos efectivos; sobre algunas otras volveremos más adelante.

¿Qué cuadro del ordenamiento jurídico en general tenemos luego de la constitucionalización del Estado social? Siguiendo a Abramovich y Courtis, podemos sostener lo siguiente:³⁹

A) Se introducen dimensiones colectivas en el derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etcétera), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías colectivas o grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública).

B) Se toman en cuentas las desigualdades reales y no simplemente las formales; esto genera a su vez nuevas pautas interpretativas (como las que se expresan en las conocidas fórmulas *favor operatori* o *favor consumatoris*) y nuevas reglas procesales (por ejemplo en materia de carga probatoria, de presunciones en favor de partes procesalmente débiles, etcétera).

C) Se establecen límites a la autonomía de la voluntad; en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios.

D) En relación con el inciso anterior, se limita el ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, regulados ahora —con las reglas del Estado social— por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el derecho privado.

E) Se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos.

F) Se amplían las funciones estatales; como ya se ha visto, al asumir el Estado las tareas relacionadas con la “procura existencial” los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece de forma sensible. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí ciertas áreas que se consideran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público.

³⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 54-56.

G) Se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etcétera) y por medio de la tutela de bienes colectivos.

En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX,⁴⁰ con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales. En eso consisten, nada más pero nada menos, los derechos sociales, a cuyo estudio se dedican las siguientes páginas.

6. *El concepto de derechos sociales*

De entre todas las categorías de carácter general que hemos analizado o que analizaremos en las páginas que siguen, quizá la que se enfrenta con mayores problemas de comprensión sea la de los derechos sociales. Lo anterior no se debe a que su concepto sea particularmente complejo (aunque tampoco es sencillo, desde luego), sino a las condiciones que lo han acompañado en el contexto jurídico-político nacional, sobre las que conviene detenerse desde el inicio de este capítulo.

Los derechos sociales en la teoría constitucional mexicana

Con respecto a la visión que se ha tenido en México del concepto de derechos sociales, se puede afirmar que no es infrecuente que se les vea como conceptos exclusivamente retóricos. Partiendo de esa premisa, algunos consideran que nada o muy poco cabe decir sobre ellos desde el derecho constitucional.⁴¹

⁴⁰ Como afirma José Carbonell, “Sin duda, puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo XX fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas”, “Estado de bienestar”, *cit.*, p. 231.

⁴¹ Pese a sus defectos, la doctrina nacional no parece ser un caso aislado, ya que, como escriben Abramovich y Courtis al inicio de un libro indispensable sobre el tema de los derechos sociales, “No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 19. Por su parte, Luis Prieto observa que “existe una cierta conciencia de que los derechos socia-

Y no se trata, en el caso de México, de una perspectiva adoptada hace cincuenta años y que ya ha sido superada, sino que sigue estando en buena medida vigente en nuestros estudios constitucionales.

Hay, en este contexto, dos tipos de aproximaciones, que son las que se han impuesto en el pasado y que, como se acaba de decir, siguen teniendo hegemonía dentro de la teoría jurídica nacional.

Para la primera de ellas, los derechos sociales tendrían por objeto regular las relaciones jurídicas entre dos clases sociales, una poderosa, que cuenta con la propiedad de los bienes de producción y que tiene recursos económicos suficientes para ejercer plenamente los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce, y otra clase social que estaría caracterizada por tener escasas propiedades y medios económicos muy precarios. Uno de los autores más conocidos en la materia expone este punto de vista en los siguientes términos:

De los antecedentes históricos que acabamos de narrar, se advierte que determinadas clases sociales, colocadas en una deplorable situación económica, exigieron del Estado la adopción de ciertas medidas proteccionistas, de ciertos medios de tutela frente a la clase social poderosa. Por ende... al establecerse las garantías sociales... se formó una relación de derecho entre los grupos sociales favorecidos o protegidos y aquellos frente a los que se implantó la tutela. En vista de esta circunstancia, los sujetos del vínculo jurídico en que se traducen las garantías sociales, son, por un lado, las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y en general los grupos colocados en situación precaria, y por otro, las castas poseedoras de la riqueza o situadas en bonacible posición económica... ante las garantías sociales y frente a los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, el Estado, por conducto de las autoridades que al efecto establece la ley..., vela por el cumplimiento de todas las modalidades jurídicas y económicas de la relación de derecho en que se ostentan las prerrogativas sociales.⁴²

Una de las peores consecuencias de la forma de entender los derechos sociales que se acaba de mencionar es que sitúa a este tipo de derechos fuera del ám-

les en general y, muy particularmente, los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, lo que representa una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en la que parece ser la filosofía política dominante, que concibe estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales", Prieto, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., p. 46.

⁴² Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 704 y 706.

bito de obligaciones del Estado, ya que las relaciones jurídicas en materia de derechos sociales se establecerían solamente entre particulares. De esta manera, al Estado le correspondería un papel de vigilante o de árbitro, cuyo objetivo fundamental sería justamente el de vigilar que ninguna de las partes se excediera respecto de la otra, y que ambas cumplieran con lo dispuesto por la Constitución y las leyes. Para este punto de vista, el Estado estaría por encima de las clases sociales en disputa, pero no tendría directamente obligaciones que atender en materia de derechos sociales, más allá de su papel de vigilante.

La segunda aproximación a la que se tiene que hacer referencia es la que entiende que los derechos sociales son mandatos de carácter programático que la Constitución dirige a las autoridades de carácter administrativo, las cuales irán cumpliendo con esos mandatos de acuerdo al monto de recursos económicos de que dispongan y conforme a su propia capacidad administrativa para desarrollar los servicios públicos a través de los cuales se satisfacen los derechos sociales.

Es decir, las normas constitucionales que contienen derechos sociales no son concebidas como verdaderos mandatos, vinculantes para todas las autoridades, sino que representan más bien recomendaciones o programas que las autoridades deben de ir observando según vayan pudiendo o que no deben violar de forma manifiesta y grosera.

Inclusive, el contenido de los derechos sociales no vincula a todas las autoridades, sino nada más a las de carácter administrativo, pues el legislador no está, por virtud de esos derechos, obligado a tomar ningún tipo de medida, ni tampoco los jueces, dentro de cuya esfera de competencias no se encuentra prácticamente ninguna atribución en materia de derecho a la vivienda o de derecho a la educación.

Un argumento que suelen esgrimir quienes defienden este segundo punto de vista es que los derechos sociales no son vinculantes puesto que no pueden ser exigidos jurisdiccionalmente; se trata de la típica confusión entre los derechos y sus garantías, confusión que ha sido puesta de manifiesto y refutada con contundencia por Luigi Ferrajoli en varias de sus obras.⁴³

Este punto de vista puede encontrarse, por ejemplo, en uno de los libros que se han publicado en los últimos años sobre el tema de las garantías individuales en México, en el que se pueden leer afirmaciones como las siguientes:

⁴³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 59-65; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 180-196.

mientras las garantías individuales son exigibles por el gobernado en forma directa y ante su violación se tiene el medio procesal idóneo para reivindicarla, que es el juicio de amparo, las garantías sociales lo son de eficacia indirecta. En efecto, este último tipo de preceptos constitucionales requieren de la expedición y puesta en vigor de leyes secundarias y, en específico, de instancias procesales donde plantear la violación a sus contenidos.⁴⁴

A reserva de explicarlo con detenimiento en las páginas siguientes y dejando de lado lo que ya se ha dicho en los párrafos precedentes, se puede desde ahora subrayar algunos equívocos que subyacen a este punto de vista. El primero de ellos es la división tajante entre “garantías individuales” y “garantías sociales”. En segundo lugar podría preguntarse válidamente, ¿con qué base normativa se articula el concepto de “eficacia indirecta”?, ¿cuál es su fundamento?

En tercer término, ¿solamente los derechos sociales requieren de la expedición de leyes secundarias que los detallen?, ¿no pasa lo mismo con la libertad de expresión a través de la tutela penal o civil del honor y la regulación del secreto profesional?, ¿no requieren de leyes secundarias la libertad de trabajo, la libertad de educación, la libertad de imprenta, la libertad de asociación, la libertad religiosa o el principio de no discriminación?

¿Por qué el tema de las “instancias procesales” parece tomar tanta importancia para los derechos sociales y tan poca para los derechos civiles? Como más adelante se explica, es cierto que en la práctica todavía no se han desarrollado cauces procesales para hacer completamente exigibles por vía jurisdiccional los derechos sociales y que una de las tareas pendientes de la ciencia jurídica es criticar dicha omisión, así como proponer las alternativas pertinentes, pero en el estado actual de la cuestión ¿se podría concluir válidamente que la insistencia en la falta de vías procesales deja entrever cierto nerviosismo o cierta incomodidad del sistema político y de los propios jueces frente a la responsabilidad que puede derivarse de una operación de los derechos sociales realizada directamente desde la judicatura?

En fin, se trata de algunas cuestiones que surgen del párrafo transcrito, que es representativo de toda una corriente doctrinal, muy asentada en nuestro imaginario jurídico mexicano y muy defendida en varios escenarios del ordenamiento jurídico nacional, lo mismo por teóricos que por jueces y políticos.

⁴⁴ Rojas Caballero, Ariel A., *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002, pp. 582 y 583.

7. *Hacia una visión normativa de los derechos sociales*

Los derechos sociales tienen que ser entendidos —dejando atrás las dos concepciones que se acaban de comentar— como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado mexicano, en sus diversos niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una nueva teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.

Lo anterior significa que, por poner un ejemplo, el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para el Poder Ejecutivo federal, que para los congresos locales en las entidades federativas, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador, de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales, los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles.

Para desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales hace falta, en el caso de México, trabajar —entre otras— en dos cuestiones concretas: *a)* el contenido de los derechos sociales, y *b)* la exigibilidad procesal, mismas que desarrollaremos en seguida.

A. El contenido de los derechos sociales

La primera cuestión es la que consiste en determinar el contenido semántico y los alcances concretos de cada derecho social; así, por ejemplo, se debe estar en capacidad de determinar qué significa específicamente que la Constitución establezca el derecho a una vivienda “digna y decorosa”; ¿en qué consiste y qué alcances tiene la “dignidad” y el “decoro” de la vivienda?, ¿cuándo se viola ese mandato constitucional?, ¿qué debe hacer el Estado para darle cumplimiento?, ¿qué significa que la Constitución reconozca el derecho a un medio ambiente “adecuado”?, ¿cuándo el medio ambiente deja de ser adecuado?, ¿qué corresponde hacer a los particulares y qué a las autoridades para preservar el medio ambiente? Y así por el estilo para todos los derechos sociales. En parte, ese intento es el objeto de los apartados que siguen, en los que se analizan en concreto cada uno de los derechos sociales que contiene nuestra Constitución de 1917.

Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y son un obstáculo que se debe superar para hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa en concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no tiene que significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales.

La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para fijar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social.⁴⁵ Realizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe precisar los contenidos concretos de cada derecho. También es una función de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podrá también avanzar en el plano práctico.

De forma preliminar, a reserva de lo que sobre cada derecho concreto se dirá más adelante, hay que mencionar que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone también una modificación sustancial en relación al entendimiento del papel del Estado en materia de derechos fundamentales.

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática*, y también, como sucede con algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado.⁴⁶ No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y de un compromiso democrático serio.

⁴⁵ Para Abramovich y Courtis, la determinación de esas obligaciones mínimas es quizá “el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 38 y 39.

⁴⁶ González Moreno, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19 y 20; sobre el concepto de los “derechos a prestaciones”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2002, pp. 419 y ss.

A explicar el surgimiento y desarrollo (imperfecto y todavía no concluido en ningún país del mundo) de estas condiciones se dedicaron las páginas que conforman el apartado 4. “Estado social, desempeño económico y democracia”, *supra*, en el entendido de que todo ello es lo que explica, justifica y permite sostener teóricamente el desarrollo de los derechos sociales, que por los requerimientos económicos, estructurales y organizativos que comportan no pueden ser estudiados de forma aislada, como si hubieran salido de la nada.

B. La exigibilidad procesal

La segunda cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales, es en la denuncia de la inexistencia de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales, como lo pueden ser las comisiones de derechos humanos establecidas en el apartado B del artículo 102 de la Constitución y por las respectivas leyes de desarrollo.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente —lo cual no es poco desde luego— que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia. Sobre todo esto, que tiene que ver en definitiva con las estrategias para la exigibilidad de los derechos sociales, nos detendremos en el apartado siguiente.

Antes hay que señalar que las vías procesales, desde mi punto de vista, no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales; aunque los expertos señalan que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, no hay que pensar que el Poder Judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros mecanismos que pueden ser tanto o más eficaces. Es importante considerar lo que se acaba de decir, sobre todo en el caso de México, puesto que de lo contrario se podría llegar a concluir —erróneamente— que la imposibilidad de plantear la violación de un derecho social ante un juez equivaldría a la imposibilidad de hacerlo exigible, lo que no me parece exacto.

8. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes, se hace entonces necesario explicitar con cierto grado de detalle todos los argumentos que nos permitan sostener, al contrario de lo que hace la teoría tradicional, una visión normativa plena de los derechos sociales. A ello se dedican las páginas siguientes.

A. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existen diferencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas).

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética o estructural* entre los derechos sociales y los derechos de libertad.⁴⁷

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las autoridades.⁴⁸ Lo mismo sucede con los derechos sociales, que

⁴⁷ Ver, al respecto, lo que ya se dijo en el capítulo primero de este libro sobre las visiones teóricas que dividen a los derechos fundamentales en “generaciones”.

⁴⁸ Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: “el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condi-

generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como sucede en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.⁴⁹

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia;⁵⁰ a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras:⁵¹

todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones

estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Para fundamentar lo dicho en los párrafos anteriores hay que considerar también que existen derechos de libertad tendentes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan los derechos sociales; así, por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente (incluso en sentido histórico, como se verá más adelante) del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud), quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales, como ya se apuntaba, se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandamientos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? Robert Alexy lo explica de la siguiente manera:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.⁴⁹

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.⁵⁰

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁵¹

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

⁴⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 482.

⁵⁰ Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 23.

⁵¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

B. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir, preliminarmente y con carácter general, el alcance semántico de los derechos sociales, que es una condición para desarrollar la plena exigibilidad de los mismos.

a. Obligaciones generales

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en relación con todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.⁵²

La obligación de respetar significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

⁵² Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, diciembre de 1989, p. 48.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su quinto periodo de sesiones, en 1990.⁵³

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece lo siguiente:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones: *a)* todo Estado parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; *b)* “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y *c)* “para lograr progresivamente”.

A partir del texto del artículo 2.1 el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.⁵⁴

b. Tomar medidas adecuadas

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2o. del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la

⁵³ Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH, Porrúa, 2003, t. I, pp. 497 y ss.

⁵⁴ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *cit.*, p. 48.

suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Courtis y Abramovich señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido”.⁵⁵

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del territorio del Estado parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de éstos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.⁵⁶

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la de realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutan de un derecho específico y la identi-

⁵⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79 y 80.

⁵⁶ Se trata de la Observación General núm. 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19o. periodo de sesiones, en 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General núm. 3. La núm. 9 es consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit., pp. 550 y ss.

cación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o con desventaja para su disfrute.⁵⁷

El diagnóstico debe ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho social. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar de sentido muchos contenidos sustantivos del Pacto.⁵⁸ En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado parte”.⁵⁹

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2 se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalcado que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 o 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios.⁶⁰

En principio, cada Estado parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, por qué consideran que

⁵⁷ En este sentido, Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

⁵⁸ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 119.

⁵⁹ Observación General núm. 9, párrafo 5.

⁶⁰ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 116.

las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

c. Creación de recursos legales para defender los derechos sociales

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una precondición para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité, la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reco-

nocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad [OG núm. 9, párrafo 10].

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”.⁶¹ Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países (como es el caso de México, por cierto) los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger derechos civiles y políticos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger derechos sociales.

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto a nivel interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la relevante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG núm. 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo para el caso de México en donde los tribunales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados litigantes), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación, el Comité afirma que “En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG núm. 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse dentro de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG núm. 3, párrafo 8).

⁶¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”.⁶² A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias procesales necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia reconocen para promoverlo.⁶³

d. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG núm. 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1 de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o re-

⁶² Para una introducción al tema, ver Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

⁶³ Ver las reflexiones en el mismo sentido de Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

ducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”.⁶⁴

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (OG núm. 3, párrafo 9).

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una fórmula de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto).⁶⁵

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada.⁶⁶ Para justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:⁶⁷ *a*) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; *b*) el carácter imperioso de la medida, y *c*) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimos de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida.⁶⁸

e. Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1 del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

La misma obligación genera para los Estados parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles”

⁶⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 94.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 95.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 110.

para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

f. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos con mayor desventaja:⁶⁹ “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos —afirma el Comité— causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG núm. 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG núm. 3, párrafo 10).

Si en un Estado parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité:

⁶⁹ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 139.

Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas [párrafo 10].

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión aunque con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte.⁷⁰ Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la mortinatalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.⁷¹

En relación con el contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo respecto a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como

⁷⁰ *Ibidem*, p. 143.

⁷¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91 y 92.

grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en cuanto a ellos, el Estado debe suministrar una protección especial.⁷²

Como señala Eide,

El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos.⁷³

Para sintetizar lo que se ha dicho en este apartado se puede afirmar que los Estados, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, deben:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

⁷² *Ibidem*, p. 92.

⁷³ Eide, Absjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo", *cit.*, p. 54.

C. El acceso a la información en materia de derechos sociales

Una de las cuestiones más importantes para hacer exigibles los derechos sociales tiene que ver con el acceso a la información relativa a esos derechos.⁷⁴

Lo anterior por varias razones. En primer lugar, porque la información en materia de derechos sociales es necesaria para verificar que los poderes públicos estén cumpliendo con sus obligaciones,⁷⁵ en los términos en que han sido explicadas en el apartado anterior. En este sentido, solamente a partir de que se cuente con información suficiente se podrá saber si se están empleando todos los recursos disponibles a los derechos sociales o si esos recursos están siendo desviados. También se podrá evaluar si las metas propuestas en materia de derechos sociales se están alcanzando. En segundo lugar, porque frente a los fenómenos de corrupción y de funcionamiento opaco de las grandes estructuras burocráticas encargadas de administrar los recursos destinados a la satisfacción de los derechos sociales, la información puede ser una vía de control y un requisito para denunciar actos ilegales. En tercer término, porque si el funcionamiento de los poderes públicos es opaco en materia de derechos sociales, esos poderes pueden caer en manos de grupos de presión organizados, que gestionen clientelarmente las prestaciones sociales.

Por último, hay que decir que la información en un presupuesto mismo del funcionamiento democrático del Estado, basado en gran medida en la participación social.⁷⁶ Concretamente en materia de derechos sociales, la falta de información puede suponer un poderoso incentivo para la desmovilización social, pues a la vista de los ciudadanos la cuestión de los derechos sociales quedaría encerrada dentro del ámbito de decisiones de los expertos gubernamentales, sin que los instrumentos políticos tradicionales (entre los que se encuentran los mecanismos de control jurisdiccional) pudieran penetrar en la lógica burocrática que los guía.

Como señala Gerardo Pisarello, en el Estado social “adquiere una nueva dimensión el deber legislativo de información, publicidad y justificación tanto

⁷⁴ Las modalidades concretas del derecho de acceso a la información han sido estudiadas en el capítulo cuarto de este libro.

⁷⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, pp. 236 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

de los actos como de las omisiones de gobierno que atañan a los derechos”. Para este autor,⁷⁷

En lo que respecta a los derechos sociales, corresponde al legislador y a la administración la obligación de probar e informar regularmente si se están adoptando, y de qué manera, todas las medidas que hagan posible el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, incluida la utilización del máximo de recursos humanos, tecnológicos, informativos, naturales y financieros disponibles en el cumplimiento de los derechos y las directivas sociales. En un esquema institucional preocupado por la recuperación del principio de transparencia en el manejo de los recursos públicos, esta obligación de información ocupa un lugar capital. Por un lado, constituye una garantía de certeza y seguridad jurídica, en tanto permite a los destinatarios de los derechos conocer de antemano cualquier posible alteración o restricción arbitraria en el goce de los mismos, lo cual abre a su vez la posibilidad de alegar ante las instancias respectivas en ejercicio de su derecho al debido proceso. Y, desde una perspectiva más general, representa en última instancia un deber potencialmente sensible a los controles sociales, en la medida en que su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso pueden operar como elementos de deslegitimación ante la opinión pública, mitigando de esa manera la irresponsabilidad con la que los órganos estatales suelen actuar en estos ámbitos.

D. El papel del ombudsman en la protección de los derechos sociales

En tanto los cauces procesales se van abriendo paso en nuestra legislación nacional, un elemento de extraordinaria importancia para incrementar la exigibilidad de los derechos sociales puede encontrarse en el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales, es decir, en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en las comisiones semejantes que existen en todas las entidades federativas.

El modelo del *ombudsman* puede servir para reforzar la tutela de los derechos sociales debido entre otras cosas a que para acudir ante ese tipo de organismos las leyes prevén una legitimación activa más amplia; en materia de derechos sociales es muy relevante el tema de la legitimación para interponer reclamaciones por su violación, puesto que a veces tales violaciones afectan colectivamente a una comunidad, pero difícilmente pueden acreditarse violaciones individuales, que permitan activar una defensa de carácter jurisdiccional.

⁷⁷ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *cit.*, pp. 125 y 126.

Particularmente en el caso de México, hay que recordar que para interponer el juicio de amparo se requiere que se acredite la existencia de un agravio personal y directo (artículo 107 fracción I constitucional y 73 fracción V de la Ley de Amparo), cuestión que no siempre es fácil de demostrar en el caso de los derechos sociales, sobre todo por lo que respecta a su dimensión colectiva. Por ejemplo, ¿cómo se acredita el agravio personal y directo en el caso de la violación del derecho a un medio ambiente adecuado por la baja calidad del aire que se respira en las grandes ciudades?

Por otro lado, los procesos ante el *ombudsman* están sujetos a menores rigores probatorios, lo que también puede favorecer la posibilidad de formular reclamaciones exitosas por violaciones a los derechos sociales. A veces puede ser complicado acreditar bajo las reglas probatorias clásicas que siguen observando nuestros jueces y tribunales, que se ha producido una violación al medio ambiente, o que el Estado no está cumpliendo con sus obligaciones de satisfacer el derecho a la vivienda, lo cual quizá sí se pueda demostrar en un procedimiento como los que se desahogan ante las comisiones de derechos humanos.

La intervención de esas comisiones en el ámbito de los derechos sociales se puede dar a través de la vía ordinaria de presentación de la queja por un particular y atención de ese caso concreto, o bien por medio de la emisión de recomendaciones generales según lo previsto en el artículo 60. de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Las recomendaciones generales de las comisiones en materia de derechos sociales podrían centrarse en dos aspectos concretos: *a)* revisión de políticas presupuestales, y *b)* revisión de políticas públicas.

a. Revisión de políticas presupuestales

Aunque sobre la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad de los presupuestos de egresos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido una postura restrictiva,⁷⁸ considero que la CNDH sí debería tener alguna incidencia en el tema. Actualmente no puede ya que el apartado B del artículo 102 constitucional, que fija la competencia de este tipo de órganos, señala claramente que conocerán de quejas que se interpongan contra actos “administrativos”.

Como es obvio, parte de los mandatos constitucionales en materia de derechos sociales dependen de que los poderes públicos encargados de hacerlos

⁷⁸ Cfr. Mijangos Borja, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.

realidad cuenten con los recursos económicos suficientes. Esto implica que el legislador no podrá destinar a áreas no prioritarias los recursos que hacen falta para realizar los derechos sociales. Además, es justamente en las medidas presupuestarias en donde se puede dar cumplimiento o violar el mandato del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en la parte que establece la obligación de la *progresividad* en materia de derechos sociales.

b. Revisión de políticas públicas

Las recomendaciones generales podrían incidir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas destinadas a hacer efectivos los derechos sociales; por ejemplo, para que dichas políticas no tuvieran sesgos discriminatorios; pero que, en cambio, tuvieran en cuenta de forma prioritaria la protección de los más débiles y que en su ejecución se procediera con transparencia, evitando fenómenos (comunes en México, por cierto) de clientelismo y corrupción.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha hecho referencia a la función de las instituciones nacionales en la protección de los derechos establecidos en el Pacto, en su Observación General número 10, dictada en 1998.⁷⁹ En esa Observación, el Comité se refiere concretamente a las medidas que pueden tomar los *ombudsman* y otros defensores del interés público y de los derechos humanos. Entre las actividades que el Comité considera especialmente idóneas en relación con los derechos sociales se encuentran las siguientes:

a) El fomento de programas de educación e información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general como en determinados grupos, por ejemplo en la administración pública, el Poder Judicial, el sector privado y el movimiento laboral;

b) El minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, así como de los proyectos de ley y otras propuestas, para cerciorarse de que son compatibles con los requisitos estipulados en el Pacto;

c) La prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, inclusive a petición de las autoridades públicas o de otras instancias apropiadas;

d)

⁷⁹ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, pp. 556 y ss.

La determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto;

e) La realización de investigaciones y estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica determinados derechos económicos, sociales y culturales, bien sea dentro del Estado en general, o en determinadas esferas o en relación con determinadas comunidades particularmente vulnerables;

f) La vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto y la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y

g) El examen de las reclamaciones en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado.

Como es obvio, varios de los puntos anteriores ya están, en el caso de México, asignados al ámbito de competencia tanto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como al de las comisiones existentes en las entidades federativas.

E. La inconstitucionalidad por omisión

Aunque por razón de su objeto no corresponde tratar en un libro que se refiere a los derechos fundamentales el tema de la inconstitucionalidad por omisión, conviene sin embargo hacer aunque sea una breve referencia a ella. Lo más importante a destacar es que la Constitución puede ser violada tanto por *acción*, como por *omisión* de las autoridades. Por otro lado, si se acepta lo anterior, entonces se genera la necesidad de diseñar mecanismos de carácter procesal para que las omisiones, sobre todo las relacionadas con los derechos fundamentales, puedan ser reparadas.⁸⁰

Hay que señalar que es justamente al momento de enfrentarse con el incumplimiento de obligaciones de carácter positivo (entre las que se encuentran las

⁸⁰ En general sobre el tema, Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998 y Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IIJ-UNAM, 2003. Sobre la aplicación en México de la inconstitucionalidad por omisión, Báez Silva, Carlos, "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 867 y ss.

de carácter prestacional), cuando las estrategias de justiciabilidad de los derechos sociales generan mayores dudas y cuestionamientos.⁸¹

Desde luego, resulta obvio que la intención de llevar las omisiones violatorias de derechos sociales frente al Poder Judicial, se enfrenta a importantes obstáculos, de los que debemos estar advertidos. Así por ejemplo, el Poder Judicial quizá no sea el más indicado para definir políticas públicas como las que exige la realización de los derechos sociales (en materias como la educación, la vivienda o la salud), además de que los medios para ejecutar una sentencia que declare la existencia de una omisión son muy precarios (o incluso inexistentes).⁸²

De todas formas, debe subrayarse que la intervención judicial en materia de omisiones por parte del Estado puede tener varias ventajas; entre ellas, por ejemplo, la de determinar con claridad que dicha omisión existe, lo cual supone un primer paso importante y le añade calidad a un debate que en otras circunstancias suele agotarse en manifestaciones públicas o en ejercicios de presión política.⁸³

En segundo lugar, un pronunciamiento judicial puede servir para poner en la agenda pública nacional una violación de derechos sociales, trasladando a los responsables políticos la necesidad de que dicha violación sea subsanada.⁸⁴ Esto es muy apropiado para quienes consideran que la actuación de los jueces dentro del Estado democrático (y sobre todo de los jueces constitucionales) debe tomar en cuenta la permanente apertura del diálogo público, de forma que las sentencias no se limiten a pronunciar la última palabra, sino que asegu-

⁸¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 42.

⁸² *Idem*.

⁸³ Como lo señalan Abramovich y Courtis, “las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 44.

⁸⁴ “...es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que ‘comunique’ a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia... Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es ‘puesto en mora’ por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 45.

ren las condiciones para que los participantes en el diálogo puedan seguir exponiendo sus razones.⁸⁵ Los tribunales constitucionales son interlocutores especialmente calificados dentro de la esfera pública deliberativa de los países democráticos; por tanto, sus opiniones y la certificación expresa de que se ha violado un derecho social pueden tener un impacto relevante aunque por sí solas no produzcan la reparación directa del derecho violado.

Una vez que se han analizado algunos aspectos generales sobre el Estado social como modelo de organización estatal que sirve de fundamento político de los derechos sociales, así como de haber realizado una aproximación de carácter conceptual a los mismos, es momento oportuno de comenzar con el estudio de su regulación concreta en el texto constitucional mexicano.

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN (ARTÍCULO 3o.)

1. *El derecho a la educación como derecho social*

En el capítulo tercero de este libro tuvimos oportunidad de estudiar la *libertad de educación*; también en ese capítulo fue objeto de análisis el resto del contenido del artículo 3o. constitucional. En este momento quisiera llamar la atención de forma muy sucinta sobre las obligaciones que para el Estado derivan del carácter de *derecho social* que tiene el derecho a la educación.

Es decir, por una parte el derecho a la educación es un derecho de libertad que, dentro del marco del artículo 3o. y de las leyes que lo desarrollan, supone entre otras cuestiones que cualquier persona tiene derecho a acceder a una escuela, que los poderes públicos no le pueden prohibir a alguien que ingrese en un determinado centro educativo si ha cumplido con los requisitos establecidos, que los particulares pueden impartir educación, que en la educación superior existe la libertad de cátedra e investigación, y así por el estilo. Pero por otro lado, y éste es justamente el objeto del presente apartado, el derecho a la educación tiene un componente prestacional, que se puede resumir con las siguientes palabras: es una obligación del Estado construir y mantener el sistema educativo nacional.

El artículo 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793 ya consideraba el carácter social del derecho a la educación cuando establecía que “La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”. Este texto es importante como antecedente del moderno derecho a la educación en su vertiente

⁸⁵ Al respecto, Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, cap. VI.

de derecho social; su contenido anunciaba el esfuerzo que una sociedad debe desarrollar para hacer progresar la razón pública y poner la educación al alcance de todos. Aparte de su sentido social, el artículo 22 transcrito contiene ya la semilla de la obligación prestacional del Estado en materia educativa.

Aunque ya se ha examinado el tema en el capítulo tercero a propósito de la libertad de enseñanza, cabe recordar que el párrafo primero del artículo 3o. de la Constitución mexicana, luego de la reforma del 12 de noviembre de 2002, dispone que “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, estados y municipios— impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación obligatoria”. Con esta reforma se hizo obligatoria también la educación preescolar; antes eran obligatorias solamente la primaria y la secundaria.

Lo dispuesto por el párrafo transcrito del artículo 3o. se complementa con lo establecido por el artículo 31, que también fue reformado el 12 de noviembre de 2002, para establecer desde entonces que “Son obligaciones de los mexicanos: I. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley”.

2. Derecho a la educación y derecho internacional de los derechos humanos

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha dictado dos interesantes observaciones generales en relación con el derecho a la educación; la primera se refiere a los planes de acción para la enseñanza primaria vinculado con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (se trata de la Observación General número 11, adoptada en 1999); la segunda estudia el contenido del artículo 13 del mismo Pacto (se trata de la Observación General número 13, adoptada en 1999).⁸⁶

Antes de entrar a analizar el contenido de ambas observaciones, hay que recordar que el artículo 13 del Pacto establece que

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en

⁸⁶ Consultables en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, pp. 558 y ss., y 573 y ss., respectivamente.

que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Un contenido muy parecido al del artículo que se acaba de transcribir se observa, en el ámbito regional de América Latina, en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, perteneciente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 14 del Pacto dispone que

Todo Estado parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detalla-

do de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Las disposiciones de los artículos 13 y 14 del Pacto que se acaban de transcribir seguramente tuvieron como inspiración el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo texto señala lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Aunque es importante para el tema que nos ocupa, sobre la Observación General número 11 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no nos detendremos en detalle, ya que la mayor parte de su contenido está más ampliamente tratado en la Observación General número 13. Conviene mencionar solamente que la primera de esas observaciones obliga a los Estados parte a crear un plan de acción dirigido a la enseñanza primaria, a fin de que sea un tramo educativo obligatorio y gratuito para todas las personas. La obligatoriedad de la educación primaria significa que ni los padres, ni los tutores ni el Estado tienen capacidad para tomar la decisión de si un niño debe o no tener acceso a la educación. La gratuidad, por su parte, significa que los derechos de matrícula no deben existir, como tampoco los “gastos indirectos”, “tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro” (párrafo 7 de la OG número 11).

La que tiene quizá un mayor interés es la Observación General número 13, dedicada precisamente a la interpretación del extenso artículo 13 del Pacto, que ya se ha transcrito. El Comité abre la Observación destacando la importancia de la educación en la vida de las personas; aunque se trata de un párrafo que ya se ha reproducido en el capítulo tercero de este libro, vale la pena recordarlo de nuevo:

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

Para el Comité los objetivos de la educación están vinculados con la dignidad de la persona y la posibilidad de la convivencia pacífica entre los grupos sociales; sus palabras son las siguientes: “la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos”.

Las características que debe tener la educación en todos sus niveles también son detalladas por el Comité; se trata de las cuatro siguientes cuestiones (párrafo 6):

1. Disponibilidad, es decir, debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado parte.
2. Accesibilidad, es decir, la educación debe ser accesible a todos; esto supone tres dimensiones: *a)* no discriminación, de forma que en especial los grupos vulnerables tengan acceso a la educación y no se le impida a nadie dicho acceso con base en los criterios prohibidos que señala el artículo 2o. del Pacto y que ya hemos analizado en el capítulo segundo de este libro; *b)* accesibilidad material, que significa que la localización geográfica sea de acceso razonable o por medio de tecnología moderna si ello no es posible, y *c)* accesibilidad económica, de forma que la falta de recursos no sea un impedimento para acceder a la educación.
3. Aceptabilidad, es decir, que los programas de estudios y los métodos pedagógicos sean aceptables (culturalmente pertinentes y de buena calidad) para los estudiantes y/o para los padres.
4. Adaptabilidad, es decir, que se tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades sociales que pueden ser muy dinámicas.

Todos los Estados parte tienen la obligación de desarrollar una estrategia global para el desarrollo de su sistema escolar por completo, pero deben darle prioridad a la enseñanza primaria (párrafo 25 de la OG).

Una obligación del Pacto que debe aplicarse de inmediato, aparte de formular la estrategia nacional ya mencionada, es la de establecer un sistema de becas, enfocado a fomentar la igualdad en el acceso a la educación por parte de los grupos desfavorecidos (párrafo 26).

La atención reforzada a mujeres o a grupos vulnerables puede exigir incluso la creación de un sistema de acciones positivas, tema sobre el que ya se ha dicho algo en la parte final del capítulo segundo de este libro. El Comité considera que, en el ámbito de la educación, las medidas de acción positiva pueden ser legítimas, aunque pone algunas condiciones:

La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas (párrafo 32).

Sobre el mismo tema de la igualdad en la educación, el Comité señala que no puede haber grandes disparidades entre los recursos educativos dependiendo del lugar del país en que se resida; en otras palabras, el Comité señala que los Estados Parte deberán esforzarse por suministrar una educación de calidad semejante en todo su territorio, procurando evitar grandes diferencias entre las regiones, por ejemplo en el gasto dedicado a la educación (párrafo 35).

Merecen una especial consideración del Comité la libertad académica y la autonomía de las instituciones educativas, particularmente de las dedicadas a la educación superior: “sólo se puede disfrutar del derecho a la educación —señala el Comité— si va acompañado de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos” (párrafo 38):

La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de

los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (párrafo 39).

Por su parte, respecto a la autonomía en la enseñanza superior el Comité establece que

La autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. Ahora bien, el autogobierno debe ser compatible con los sistemas de fiscalización pública, especialmente en lo que respecta a la financiación estatal (párrafo 40).

El Comité se ocupa de detallar las obligaciones que tienen los Estados parte en relación con el derecho a la educación; lo hace tomando como base lo señalado en la Observación General número 3 del propio Comité, a la que hemos hecho referencia en los primeros apartados de este capítulo. El Comité señala obligaciones generales y concretas. Nos interesa detenernos en estas últimas.

El Comité señala que los Estados deben respetar, proteger y llevar a cabo las cuatro características generales que debe tener todo el sistema educativo (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) y ejemplifica cómo se puede hacer en un lúcido párrafo:

Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra no cerrando escuelas privadas; la de proteger la accesibilidad a la educación, velando por que terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional (párrafo 50).

Otra obligación tiene que ver con la ya mencionada de formular una estrategia nacional; dicha estrategia “debe contar con mecanismos, como indicadores y criterios de referencia, relativos al derecho a la educación que permitan una supervisión estricta de los progresos realizados” (párrafo 52).

Tienen también los Estados la obligación de establecer un sistema de becas, de señalar las normas mínimas que deben observar los particulares que quieran impartir educación y de velar por que las comunidades y familias no dependan del trabajo infantil; sobre esto último el Comité precisa que “los Estados partes tienen la obligación de suprimir los estereotipos sexuales y de otro tipo que impiden acceder a la instrucción a las niñas, las mujeres y otros grupos desfavorecidos” (párrafo 55).

Como en todo derecho social (según lo establecido por la Observación General número 3), los Estados deben asegurar un nivel mínimo de educación; la obligación mínima, según el Comité, consiste en velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; proporcionar enseñanza primaria a todos; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafo 57).

Finalmente, el Comité ilustra con ejemplos concretos las violaciones que se pueden cometer contra el derecho a la educación; al respecto, el Comité señala:

Ejemplos de violaciones del artículo 13 son: la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación; la aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13; el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; el no adoptar “medidas deliberadas, concretas y orientadas” hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental...; la prohibición de instituciones de enseñanza privadas; el no velar por que las instituciones de enseñanza privadas cumplan con las “normas mínimas” de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13; la negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4o. [párrafo 59].

Como se puede apreciar a partir de la lectura de este último párrafo, en buena medida el cumplimiento o incumplimiento del Pacto, en relación con el derecho a la educación, se puede acreditar de forma estadística; es decir, debemos acudir a los datos duros para saber si se ha implantado de forma general la edu-

cación primaria o si existe un signo discriminatorio contra las mujeres en el ámbito educativo. Por ello, se ha considerado útil aportar algunas estadísticas, de entre las muchas disponibles, para que el lector pueda confrontar lo dicho por el Comité con lo que realmente sucede en nuestro país. De eso trata, justamente, el apartado siguiente.

3. Datos sobre la educación en México

Para complementar el análisis del derecho a la educación como derecho social fundamental, conviene aportar algunos datos de carácter estadístico, simplemente para efecto, como se apuntaba, de contar con el contexto real en el que dicho derecho se está realizando (o no realizando, se podría decir) en México.⁸⁷

La atención a la población de 4 y 5 años de edad es relativamente baja, aunque se ha ido incrementando en los últimos años. Dicha atención alcanzaba en el ciclo escolar 1990/1991 al 55.7% de la población en ese rango de edad; para el ciclo escolar 2001/2002 esa cifra llegaba al 70%.

Otro dato interesante es el de la eficiencia terminal; para el ciclo escolar 2001/2002 la eficiencia era del 87.7% en primaria, de 77.1% en secundaria y del 59.8% en el bachillerato. La tasa de deserción en ese mismo ciclo alcanzaba el 7.3% en la secundaria y el 15.9% en el bachillerato. La tasa de reprobación fue, siempre en el mismo ciclo, de 19.0% en secundaria y de 39.7% en bachillerato.

En general, en todo el país el porcentaje de los niños de entre 6 y 14 años que no asiste a la escuela es del 8.2%, pero lo más relevante son las disparidades regionales. Así, por ejemplo, mientras ese dato alcanza el 3.6% en el Distrito Federal, sube hasta el 15.9% en Chiapas.

Todavía en 2000, el 9.5% de la población del país era analfabeta; dentro de la generalidad de este dato hay que destacar las diferencias de género, pues mientras solamente era analfabeta el 7.4% de los hombres, en el caso de las mujeres la cifra era del 11.3%. El 28.2% de la población de México no tiene instrucción o tiene la primaria incompleta, y solamente el 51.8% con más de 15 años cuenta con estudios de posprimaria. Únicamente el 12.1% tiene algún grado de instrucción superior. El promedio nacional de escolaridad es de ape-

⁸⁷ Los datos se toman de INEGI, *Estados Unidos Mexicanos. XII Censo General de Población y Vivienda, 2000. Tabulados básicos y por entidad federativa*, Aguascalientes, INEGI, 2001. También se pueden consultar en www.inegi.gob.mx. Un libro en el que se puede encontrar abundante información estadística sobre la educación en México es el de Andere, Eduardo, *La educación en México: un fracaso monumental*, México, Temas de Hoy, 2003.

nas 7.6 años; es decir, la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria (y ahora también de la preescolar) no se ha reflejado todavía en los hechos. Cuando comparamos los niveles de instrucción de México con los que existen en otros países nos damos cuenta del atraso que arrastramos.⁸⁸

En torno a la educación en México, se han construido varios mitos, que cada cierto tiempo alimentan y confunden los debates nacionales sobre el tema. Uno de ellos es que el gasto gubernamental en educación es insuficiente. Los datos, sin embargo, acreditan que el gasto educativo representa una parte sustancial del total de gasto del gobierno federal y que además se ha incrementado de forma muy importante en los últimos años; de hecho, el gasto educativo representa poco más del 25% del total de gasto programable del gobierno federal y entre 1990 y 2002 creció 1,500% en términos reales.⁸⁹

Pese a la magnitud de ese gasto, los datos disponibles permiten concluir que la calidad de la educación en México es una de las peores dentro de los países de la OCDE.⁹⁰ Esto significa que el rendimiento que se obtiene del gasto educativo es muy bajo. El problema de la baja calidad se ve incrementado cuando se analizan las diferencias tan sustanciales que existen entre la educación que se recibe en las áreas rurales y la que se recibe en las grandes ciudades, por un lado, y las diferencias de la educación privada frente a la educación pública por otro. Las estadísticas acreditan distancias lamentables entre las cuatro variables mencionadas (educación rural, educación urbana, educación pública, educación privada). Los alumnos de escuelas privadas en zonas urbanas tienen rendimientos escolares muy por encima de los alumnos que estudian en escuelas públicas de zonas rurales.⁹¹ Con todo y las diferencias existentes, incluso cuando se toman los datos solamente de los alumnos de las escuelas particulares de las grandes ciudades, la calidad de la educación mexicana sigue estando por debajo del promedio que tienen los países de la OCDE.⁹² Más aún: si comparamos la calidad del sistema educativo mexicano solamente con los estándares de países de América Latina, tampoco salimos muy bien parados; estamos por debajo de los niveles educativos de Cuba, Argentina, Chile y Colombia y

⁸⁸ Andere, Eduardo, *La educación en México...*, cit., p. 144.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

⁹¹ De hecho, México presenta la mayor brecha estadística entre el desempeño de las escuelas privadas y públicas en toda América Latina; Andere, Eduardo, *La educación en México...*, cit., p. 114. Este es un dato, como los anteriores, que nos debería de llenar de vergüenza. Alguna autoridad debería asumir responsabilidades por este clamoroso fracaso.

⁹² Andere, Eduardo, *La educación en México...*, cit., pp. 91 y ss.

ligeramente arriba de Paraguay, Bolivia y Venezuela.⁹³ No hay motivo alguno para estar contentos.

III. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO TERCERO)

El párrafo tercero del artículo 4o. constitucional garantiza para todas las personas el derecho a la protección de la salud. En su segunda parte, dicho párrafo ordena al legislador definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así como disponer la concurrencia entre los distintos niveles de gobierno sobre la materia, de acuerdo con lo establecido en la fracción XVI del artículo 73 constitucional. Su texto es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

El derecho a la salud (o a su protección)⁹⁴ es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado; aunque lo veremos con detalle más adelante, se puede decir en este momento que el derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos.⁹⁵ Por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama el “derecho a la atención o asistencia sanitaria”.⁹⁶

⁹³ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁴ No es lo mismo el derecho a la salud que el derecho a la protección de la salud; aunque considero que no es relevante entrar en cuestiones puramente semánticas, sí es apropiado señalar que el primero es más amplio, mientras que el segundo parece dar cuenta, más bien, de la obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendentes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada; sobre esto, Leary, Virginia A., “Justicibilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 55, diciembre de 1995, pp. 91 y ss.

⁹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 y ss.

⁹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 119, 25 de junio de 2001, p. 16.

También, el derecho a la salud genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud; tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.⁹⁷ Podría decirse que el derecho a la salud se despliega en un haz relativamente complejo de derechos y posiciones subjetivas.⁹⁸

Asimismo, el derecho a la salud obliga a los particulares; por ejemplo, los establecimientos médicos privados están obligados a proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera, con independencia de que pueda o no pagarlo. En caso de que el afectado no tenga recursos económicos para permanecer en el hospital o clínica privados, la obligación del establecimiento se limita a estabilizar a la persona, proporcionarle los medicamentos que necesite en lo inmediato y procurar su correcto traslado a una institución pública. Si no lo hiciera se podría configurar el delito de omisión de auxilio que prevén los distintos códigos penales de la República.

La salud, como objeto de protección del derecho que se comenta, puede entenderse, de acuerdo con una definición de la Organización Mundial de la Salud, como “un Estado de bienestar físico, síquico y social, tanto del individuo, como de la colectividad”.⁹⁹

Es importante enfatizar la idea, contenida en la definición anterior, de que la salud tiene un componente individual y un componente colectivo o social. Desde luego, el goce de la salud es un bien individual, pues cada persona puede o no tenerlo, con independencia de que su familia o sus vecinos también tengan buena salud. Pero la salud tiene una dimensión colectiva si consideramos que hay factores sociales que tienden a preservarla o a quebrarla, como las epidemias, la contaminación, la circulación de agentes patógenos, la falta de hábitos higiénicos, las inapropiadas medidas de prevención de enfermedades, etcétera. La salud, en cuanto bien social, solamente se puede preservar mediante un esfuerzo colectivo, por medio del cual se desarrolla un sistema de atención sanitaria adecuado.¹⁰⁰

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Ver, al respecto, la explicación de Principato, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1999, pp. 2513-2516.

⁹⁹ Freire, José Manuel, “Política sanitaria”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

¹⁰⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *cit.*, p. 17.

La protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales —en términos políticos y económicos— de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves del Estado de bienestar.

Como ya se explicó al tratar el tema del surgimiento histórico del Estado social, durante el siglo XX se produjeron impresionantes avances científicos en el campo de la salud, como resultado de lo que se ha calificado como la “revolución terapéutica”. Sobre todo a partir de los años cincuenta del siglo pasado, hemos asistido a una constante aceleración de la puesta a punto de terapias farmacológicas y quirúrgicas, al desarrollo de instrumentos médicos y de investigaciones genéticas que han permitido enfrentar y derrotar a una serie de enfermedades que en el pasado habían causado graves pérdidas humanas.¹⁰¹

Tal desarrollo ha permitido que la salud no se vea como simple objetivo de “política pública”, sino más bien como derecho del que todos pueden disfrutar porque las condiciones técnicas y tecnológicas lo permiten. Pero ese disfrute no es algo que se consiga en cuanto derivación automática del desarrollo de la ciencia médica, sino que es necesario establecer una serie de dispositivos e instituciones para hacerlo actuable.

A reserva de precisarlo más adelante, preliminarmente podemos decir que de la consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad debe tener por lo menos las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad.¹⁰²

La *universalidad*, derivada conceptualmente del carácter de derecho fundamental de la protección a la salud, es recogida también normativamente por vía directa del texto constitucional, al designar como sujeto del derecho a “toda persona”.

La *equidad* implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de sus usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente. Con ello se busca evitar las discriminaciones en el acceso, así como la consecución —por ese medio— del mandato de redistribución del ingreso y la riqueza consagrado en el artículo 25 de la misma Constitución; según se ha examinado con detalle en el capítulo segundo de este libro, la no discriminación en materia de derechos sociales se encuentra explícitamente recogida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone lo si-

¹⁰¹ Borsellino, Patrizia, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milán, Zadig, 1999, pp. 139 y ss.

¹⁰² Echániz Salgado, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad” en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, cit., p. 400.

guiente: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En el mismo orden de ideas, el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución mexicana expresamente recoge la prohibición de discriminar por “condiciones de salud”.

Finalmente, la *calidad* es un requisito tanto de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (puesto que no sirve de nada un sistema sanitario que opere en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud sino con seguridad a su empeoramiento), como un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes acceden a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.

Como en el caso del resto de los derechos sociales, el desarrollo del derecho a la protección de la salud corre paralelo a la fortaleza de los poderes públicos. Pero esto no quiere decir que el Estado pueda alegar motivos no justificados (como la escasez presupuestal) para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales.

1. *El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico mexicano*

En México, aparte de lo que dispone el artículo 4o., el tema de la salud aparece también en el artículo 2o. constitucional, apartado B, que entre las obligaciones que tienen las autoridades federales, locales y municipales para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos indígenas, establece la de: “Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil”.¹⁰³

La ley que desarrolla los mandatos del artículo 4o. en materia de salud es la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984 y que ha sufrido diversas reformas con posterioridad. En su artículo 2o., dicha Ley establece que el derecho a la protección de la salud tiene las siguientes “finalidades”:

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

¹⁰³ El propio apartado B del artículo 2o. también impone la protección de la salud de la mujeres indígenas migrantes, en su fracción VIII.

- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación, y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

La misma Ley, en sus artículos 5o. y 6o., define los componentes del sistema nacional de salud y sus objetivos.¹⁰⁴ En el artículo 13 precisa la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas.¹⁰⁵

Aparte de la citada Ley, conviene también tener en cuenta la Ley de los Institutos Nacionales de Salud (*Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo de 2000), que regula el funcionamiento de los organismos descentralizados que, dentro del sector salud, tienen por objeto la investigación científica en el campo de la salud, la formación y capacitación de recursos humanos calificados y la prestación de servicios de atención médica de alta especialidad (artículo 2o., fracción III de la Ley).

La legislación secundaria en materia de derecho a la salud tiene un carácter sobre todo orgánico, referido más a las entidades públicas que deben prestar los servicios de salud que a los ciudadanos sujetos de ese derecho. Como sucede con buena parte de los ordenamientos secundarios que regulan los derechos sociales fundamentales, la legislación en materia de salud no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.

En la jurisprudencia se encuentran escasos pronunciamientos en los que se haga referencia al derecho a la salud. Un caso interesante fue el de la tesis que se transcribe a continuación, emanada a propósito de la interposición de un amparo por parte de una persona que había contraído el virus VIH/Sida y que reclamaba, en 1996, la emisión del cuadro básico y catálogo de medicamentos

¹⁰⁴ Una descripción de la estructura institucional encargada de brindar los servicios de atención a la salud dentro del sistema nacional de salud puede ver en Melgar Adalid, Mario y Pérez López, Miguel, "Derecho de la salud", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII, caps. IV y V.

¹⁰⁵ Sobre tal distribución, Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados, IJJ-UNAM, 2000.

del IMSS para ese año. El 25 de octubre de 1999, el Poder Judicial de la Federación, a través del pleno de la Suprema Corte, resolvió el caso y emitió el siguiente criterio:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la carta magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá de cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos. Tesis P.XIX/2000 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Un caso parecido fue resuelto por la Corte Suprema de Argentina;¹⁰⁶ se trataba del caso de un menor de edad afectado por una grave enfermedad ósea, al

¹⁰⁶ Caso *Campodónico de Beviacqua, Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho*

cual se le venía suministrando en forma gratuita por un órgano del Ministerio de Salud y Acción Social una medicación esencial para su tratamiento. En un momento dado los padres del menor recibieron la notificación de que el medicamento se les iba a suministrar por última vez. Los padres interpusieron el correspondiente recurso y ganaron el caso en las dos instancias ordinarias; finalmente, el asunto llegó a la Corte Suprema, que ratificó la decisión de los inferiores y ordenó al Estado mantener la provisión del medicamento. El Estado argumentó que la decisión de retirar el suministro del medicamento se basaba en el hecho de que el organismo que lo estaba suministrando no era competente para ello y que la obligación la debía asumir el seguro privado —del cual el menor formaba parte— o la autoridad provincial correspondiente. Además, el Estado sostuvo que la provisión del medicamento comprometía recursos económicos necesarios para organizar los planes de salud y que la atención al niño se había dado por razones humanitarias y no porque existiera alguna obligación legal. La resolución de la Corte Suprema de Argentina en este caso es interesante por varios motivos (la decisión de la Corte se basa en parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para fundar su sentencia).

La argumentación de la Corte sostiene que no hay alternativas fácticas al tratamiento dispensado, puesto que es esencial para el menor; con ello acota la discrecionalidad de la autoridades, que no pueden disponer su no suministro. Luego la Corte se centra en la cuestión de la autoridad que debe hacerse cargo de ese suministro y señala, teniendo en cuenta las disposiciones del Pacto, que el sujeto obligado es el Estado y que la organización administrativa del mismo no puede servir como excusa para dejar de cumplir con las obligaciones derivadas de un derecho fundamental; esto no es obstáculo para que el Estado, si lo considera oportuno, ejerce las acciones correspondientes contra la autoridad o ente que considere que debe hacerse cargo del suministro del medicamento. La Corte también acude, si bien de forma velada, al argumento de la no regresividad en materia de derechos y sociales, al afirmar que si el Estado se hizo cargo (“por razones humanitarias”) de la provisión del medicamento y si las circunstancias del menor no han cambiado, dicha entrega significa el reconocimiento del Estado de su responsabilidad en la salvaguarda de la salud del niño, no pudiendo desentenderse de su atención. Cabe señalar que los padres habían acreditado la imposibilidad económica de proporcionar al niño el medicamento, por lo que se establecía la necesidad de que los poderes públicos se hicieran cargo del asunto.

Otros pronunciamientos jurisdiccionales interesantes son los siguientes:

SALUD, DERECHO A LA. LA AUTORIDAD DEL RAMO NO PUEDE NEGARSE A PROPORCIONAR TRATAMIENTO A UN PROCESADO. Si conforme a lo establecido por el artículo 4o. de la Constitución General de la República, toda persona tiene derecho a la protección de su salud y acceso a los servicios correspondientes, el quejoso tiene tal derecho, lo que se traduce en recibir el tratamiento requerido. Luego, con el hecho de que el secretario de Salud del estado de Tlaxcala, no proporcione la atención médica a un procesado y niegue su traslado a un hospital especializado, es inconcuso que viola esa garantía individual consagrada en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución General de la República. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, diciembre de 1995, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis VI. 2o. 37 P, p. 574.

SALUD, DERECHO A LA. TRANSGREDE EL, CUANDO NO SE ORDENA EL TRATAMIENTO SOBRE LA ADICCIÓN DE UN SENTENCIADO TOXICÓMANO. Se transgrede el sentido del artículo 4o. constitucional, que consagra el derecho a la salud, así como lo estatuido en el precepto 194, fracción IV del Código Penal Federal, cuando en un delito contra la salud, al sentenciarse a un acusado que es toxicómano adicto al consumo de enervantes o estupefacientes, la responsable ordenadora omite dejarlo a disposición de la autoridad sanitaria para su tratamiento. Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 57, septiembre de 1992, octava época, tribunales colegiados de circuito, tesis I.2o.P.J./44, p. 43.

SALUBRIDAD. SUSPENSIÓN DE UN TRATAMIENTO POR UN MÉTODO ESPECÍFICO. No existe una norma de derecho que obligue a las autoridades responsables a otorgarle a la quejosa específicamente el tratamiento médico que se le suspendió. Es cierto que conforme al vigente artículo 4o. de la Constitución General de la República, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y al acceso a los servicios de salud, pero ello no se traduce en un derecho subjetivo a recibir en especial el tratamiento exclusivamente por el método que le fue suspendido a la quejosa. No es obstáculo para lo anterior, el alegato en el sentido de que desde hace muchos años se aplicaba ese tratamiento a otros mexicanos, toda vez que en caso de ser cierto, dicha práctica tampoco crearía una obligación a cargo de las autoridades médicas. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 97/84. María Díaz Miramón viuda de Mena. 30 de octubre de 1984. Mayoría de votos. Ponente: J. S. Eduardo Aguilar Cota. Amparo en revisión 51/84. Concepción Cervantes. 22 de agosto de 1984. Unanimidad en resolutivos y mayoría en consideraciones. Ponente: J. S. Eduardo Aguilar Cota.

TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELA-

CIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado dispositivo legal, al establecer que para realizar trasplantes de órganos entre vivos, el donante debe tener necesariamente con el receptor parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o ser su cónyuge, concubina o concubinario, transgrede los derechos a la salud y a la vida establecidos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues priva a la población en general de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad. Es cierto que el legislador, al normar el trasplante de órganos entre vivos de la manera restringida indicada, lo hizo con el propósito de fomentar el altruismo y evitar su comercialización, pero también es cierto que tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar dichos objetivos, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación. Además, aunque la existencia de una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud e incluso el peligro de que su pariente, cónyuge o concubino pierda la vida, le done un órgano movida por ánimo altruista, de solidaridad o afecto, es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos. Por tanto, cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita. Clave P., núm. IX/2003. Amparo en revisión 115/2003. José Roberto Lamas Arellano. 8 de abril de 2003. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Encargado del engrose: Juan Díaz Romero. Secretarios: Arnulfo Moreno Flores, Claudia Alatorre Villaseñor y Guillermina Coutiño Mata. El tribunal pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de julio en curso, aprobó, con el número IX/2003, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de julio de dos mil tres.

Esta última tesis es interesante ya que en su argumentación la Corte hace valer una preferencia valorativa distinta a la que tuvo el legislador y, esgrimiendo un criterio de falta de proporcionalidad, declara inconstitucional la determinación legislativa. En efecto, el legislador consideró que era importante desalentar en la mayor medida posible el comercio de órganos humanos entre personas vivas, motivo por el cual limitó por razón de sujeto las posibilidades de donación de ese tipo de órganos. La Corte sin embargo considera que esa previsión es muy “drástica” y que limita de forma excesiva el derecho a la posibilidad de

contar con un medio de prolongar la vida o mejorar su calidad. Para la Corte, el legislador no acertó en la elección del medio más adecuado para limitar el comercio de órganos; no se justifica esa limitación, según el razonamiento judicial, cuando “el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación”. Es un caso curioso de aplicación del principio de proporcionalidad que debe atender el legislador al dictar alguna medida restrictiva de los derechos fundamentales.

A partir de 1996 comienza a funcionar en México la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, dotada de autonomía técnica plena para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos. La Conamed puede recibir quejas por el deficiente funcionamiento de los servicios médicos¹⁰⁷ y fungir como instancia de amigable composición o de arbitraje.¹⁰⁸ Esta Comisión intenta seguir el modelo del *ombudsman* para resolver los conflictos de que conoce y, al parecer, sus actividades han tenido un éxito razonable, a pesar de su todavía corta existencia.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha realizado varios pronunciamientos interesantes sobre las violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de la salud, debido en buena medida a que las quejas que le han llegado en esta materia han crecido de forma considerable, ubicándose entre las primeras causas por las que los ciudadanos acuden ante la Comisión a quejarse.

Según datos del informe correspondiente a 2002 de la Comisión, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) era la segunda institución que mayor número de expedientes de queja había generado, superado solamente por la Procuraduría General de la República; en sexto lugar dentro de esa escala de valoración aparecía el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).¹⁰⁹

Si se toma en cuenta el número de recomendaciones emitidas, de nuevo el tema de la salud cobra mucha importancia dentro de las tareas de la Comisión; en 2002 la autoridad a la que le fueron dirigidas el mayor número de recomendaciones (siete en total) fue el director del IMSS.¹¹⁰ En las 49 recomendaciones emitidas durante ese año, el tercer hecho calificado como violatorio de dere-

¹⁰⁷ Ver el “Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico”, *Diario Oficial de la Federación* del 21 de enero de 2003.

¹⁰⁸ Moctezuma Barragán, *Derechos de los usuarios...*, cit.

¹⁰⁹ CNDH, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2002*, México, CNDH, 2003, p. 33.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

chos humanos fue la “negativa o inadecuada prestación del servicio de salud” y el sexto fue la “contracepción forzada”.¹¹¹

En relación con lo que se acaba de decir, conviene recordar que la Comisión Nacional ha determinado, en su *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, algunas conductas como claramente violatorias del derecho a la salud; esas conductas son: abandono de paciente, aislamiento hospitalario o penitenciario por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH, deficiencia en los trámites médicos, falta de notificación del estado de salud de VIH, investigación científica ilegal en seres humanos, negativa de atención médica, negativa de atención médica por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH, negativa o inadecuada prestación de servicio público y negligencia médica.¹¹²

Un avance importante en materia de derecho a la salud se ha producido a través de los catálogos de “derechos de los pacientes”; aunque no siempre se trata de verdaderos “derechos” en el sentido técnico-jurídico, se pueden calificar como principios orientadores de la práctica médica, vinculados de forma estrecha a la ética profesional. Entre esos derechos se encuentran los siguientes: asistencia médica de buena calidad, libre elección del médico, autodeterminación, información, confidencialidad, educación de la salud, respeto a la dignidad y asistencia religiosa.¹¹³

2. *El acceso universal a los servicios de salud*

Una cuestión de la mayor relevancia cuando se estudia el derecho a la salud tiene que ver con las posibilidades efectivas que tienen —o no tienen, como en seguida veremos— todos los habitantes del país de acceder a los servicios médicos. En la práctica ese acceso se resume en dos posibilidades: la que se ofrece desde los órganos públicos a través del sistema nacional de salud o bien la que se cubre por los médicos y hospitales privados.

Respecto a la primera posibilidad, la cobertura sanitaria y el acceso a los servicios de salud se estructuran (en México y otros países) a través del sistema de seguridad social, por medio del cual se establecen una serie de mecanismos que

¹¹¹ *Ibidem*, p. 55.

¹¹² Soberanes Fernández, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 182 y 183.

¹¹³ Fernández Varela, Héctor y Sotelo Monroy, Gabriel E., “Derechos y salud: instituciones”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, 2002, p. 187.

obligan a determinados sujetos a contribuir económicamente para el sostenimiento de las prestaciones en materia de salud a la vez que les dan derecho a los sujetos beneficiarios a obtener las prestaciones médicas correspondientes. Esto es lo que da fundamento a la creación de instituciones como el Instituto Mexicano del Seguro Social o los institutos de seguridad social que prestan servicios a quienes trabajan en el sector público.¹¹⁴

Si alguna persona no es derechohabiente en alguno de los servicios que prestan esas instituciones, tiene dos posibilidades: o bien acudir a la medicina privada, como ya se ha mencionado, o acudir a la sanidad pública pero pagando el costo del servicio.

Si se revisa el costo de los servicios de salud y se compara con los ingresos de la mayor parte de la población en México se verá que, en la práctica, estar fuera de los sistemas previsionales supone un enorme riesgo para muchas personas y, de hecho, una disminución muy sensible del derecho que en su favor consagra el artículo 4o. constitucional en materia de salud.

De acuerdo con datos estadísticos, los sistemas de seguridad social dan cobertura a poco más del 60% del total de la población del país. Es decir, casi el 40% de las personas que viven en México no están cubiertos por esos servicios.

Algunos datos complementarios permiten entender mejor lo anterior. Para el año 2000 estaban cubiertos por alguno de los sistemas de seguridad social 59 millones 231 mil personas, de las cuales 46 millones eran atendidas dentro del IMSS, poco más de 10 millones por el ISSSTE, 647 mil por el servicio de seguridad social de Pemex y 489 mil por el servicio de seguridad social de la Secretaría de la Defensa Nacional. Para ese mismo año la población total del país era de 97 millones y medio de personas en números cerrados.¹¹⁵

Para intentar paliar esa situación de desamparo que afecta a una parte tan importante de la población, se reformó la Ley General de Salud a fin de crear, a partir de enero de 2004, el llamado “seguro popular” (*Diario Oficial de la Federación* del 15 de mayo de 2003). El objetivo de dicha reforma es dar cobertura sanitaria a ese 40% de la población mexicana que no pertenece a alguno de los sistemas de seguridad social existentes, diseñando para ello un sistema de contribuciones que permita hacer financieramente viable esa cobertura.

¹¹⁴ Para un panorama general sobre la seguridad social en México, ver Carrillo Prieto, Ignacio, “Derecho de la seguridad social”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, t. XII, 2002, pp. 139 y ss.

¹¹⁵ Los datos se toman de *Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos*, edición 2002, México, INEGI, 2003, pp. 33 y 151.

Por medio de la mencionada reforma se adicionó a la Ley de Salud un artículo 77 bis con 41 distintos apartados.¹¹⁶ Al seguro popular se podrán incorporar todas las personas que no sean derechohabientes de alguna institución de seguridad social (artículo 77 bis 3). El domicilio de las personas será el que determine a qué sistema en concreto quedarán adscritas, ya que el seguro popular está coordinado por la Secretaría de Salud del gobierno federal pero lo operan directamente los servicios de salud de las entidades federativas. La Ley establece, para esos efectos, una distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno (artículo 77 bis 5). Para formar parte del sistema, los gobiernos locales deberán firmar acuerdos de coordinación con el gobierno federal, según el modelo de acuerdo que se determine por la Secretaría de Salud; en esos convenios se establecerán los conceptos de gasto, el destino de los recursos, los indicadores de seguimiento a la operación y los términos de evaluación integral del sistema (artículo 77 bis 6).

El sujeto beneficiario es, según la Ley, el núcleo familiar, el cual se compone por los cónyuges, la concubina o concubino, el padre o madre no unidos en vínculo matrimonial o concubinato y otras personas dependiendo del grado de dependencia y convivencia que tengan según lo establezca el Consejo de Salubridad General; también lo integran los hijos menores de 18 años, los menores de esa edad que formen parte del hogar y tengan parentesco de consanguinidad con alguno de los anteriores, entre otros (artículo 77 bis 4). Para ser sujeto beneficiario, además de solicitarlo, se requiere residir en el territorio nacional, no ser derechohabiente de la seguridad social, contar con Clave Única de Registro de Población (lo que se conoce como CURP) y cubrir las cuotas familiares que correspondan según la ley (artículos 77 bis 7 y 77 bis 8).

Los recursos necesarios para el funcionamiento del seguro popular serán aportados por el gobierno federal, los gobiernos de las entidades federativas y las cuotas familiares a cargo de los propios beneficiarios (artículo 77 bis 11). Para la determinación de estas últimas “se tomarán en cuenta las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios, mediante la aplicación de un instrumento estandarizado fijado a nivel nacional por la Secretaría de Salud, el cual permitirá ubicarlos en el estrato adecuado” (artículo 77 bis 25); en cualquier caso, “El nivel de ingreso o la carencia de éste, no podrán ser limitantes para el acceso al sistema de protección social en salud” (artículo 77 bis 26).

En los artículos transitorios de la reforma que se comenta se establece el carácter progresivo del sistema del seguro popular, ya que se fija un máximo

¹¹⁶ No hace falta subrayar la falta de técnica legislativa de esta reforma; se trata de un nuevo caso que acredita la escasa preocupación y responsabilidad que demuestran nuestros legisladores al realizar su trabajo.

anual de incorporaciones equivalente al 14.3% de la familias susceptibles de integrarlo, de forma que se alcance el 100% de cobertura en 2010 (transitorio octavo del decreto de reforma).

No es posible, en este momento, ampliar la explicación del seguro popular, ni del funcionamiento de los demás sistemas de protección de la salud existentes en México; hay que subrayar que su creación es muy importante para extender *universalmente* a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la protección de la salud que establece el artículo 4o. constitucional.

El seguro popular es importante, además, porque logra desvincular el hecho de tener efectivamente protegido ese derecho de la circunstancia de ser o no trabajador. Es decir, no se requiere ser trabajador para ser beneficiario del seguro popular, lo que no sucede con los sistemas que seguridad social, los cuales en principio aceptan sólo a personas que mantengan alguna relación laboral o a los familiares del trabajador.

En otros países la extensión universal del derecho a la salud alcanza incluso a los nacionales de un país que se encuentren en el extranjero. Así sucede en el caso de Italia, cuya Corte Constitucional ha reconocido el derecho de los ciudadanos italianos a exigir el reembolso de los gastos médicos que haya tenido que hacer una persona indigente en el extranjero; en Italia, conviene recordarlo, el artículo 32 constitucional consigna la obligación para el Estado de proveer de servicios de salud a las personas indigentes. La legislación ordinaria, sin embargo, no preveía ningún tipo de obligación del Estado hacia los nacionales que por una u otra razón estuvieran fuera de su territorio, lo que fue considerado inconstitucional por la Corte ya que daba como resultado una discriminación indebida.¹¹⁷

3. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la protección de la salud se encuentra recogido en diversos pactos internacionales de derechos humanos, de entre los cuales conviene citar al menos los siguientes:

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone que

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivien-

¹¹⁷ El caso es analizado por Principato, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute...”, *cit.*, pp. 2508-2518.

da, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece en su artículo 12 que

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por su parte, el Protocolo en materia de derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Protocolo de San Salvador), dispone en su artículo 10 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Algunas declaraciones y tratados sectoriales también hacen referencia en sus textos al derecho a la salud; por su importancia se deben mencionar al me-

nos la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, párrafo 1 inciso f, y artículo 12) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24).

Como se puede apreciar, una de las regulaciones más completa del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es, todavía hoy, la que está prevista en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho artículo ha sido objeto de una extensa y muy rigurosa Observación General (la número 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, sobre la que vale la pena detenerse. En varios aspectos, la OG 14 sigue las pautas metodológicas que el Comité había perfilado en la OG 13 relativa al derecho a la educación y que ya hemos estudiado en este capítulo. Se trata de una metodología que no habían tenido las anteriores observaciones generales y que demuestra un trabajo muy serio y comprometido por parte del Comité. Esta nueva actitud viene a corroborar, por otro lado, la pertinencia de que los organismos internacionales se tomen con seriedad y hasta sus últimas consecuencias los textos internacionales de derechos humanos; al actuar casi como un tribunal en el desarrollo de su argumentación y en la relevancia que le da al texto del artículo 12 del Pacto, el Comité nos proporciona una serie muy importante de herramientas para entender mejor el derecho a la salud. Veamos.

En primer término, el Comité subraya que el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho muy amplio, a partir del cual se genera no solamente la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad,

sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano [párrafo 4; en el mismo sentido, ver párrafo 11].

De esa forma, el Comité se aleja de posturas reduccionistas, lo que le permite, entre otras cosas, señalar la vinculación que existe entre el derecho a la salud y los demás derechos fundamentales:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica,¹¹⁸ y el de-

¹¹⁸ La salud genésica, se encarga de explicar el Comité en la nota al pie número 12 de su OG, “significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse

recho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud [párrafo 8].

El Comité, haciendo un ejercicio de realismo, reconoce que ningún Estado tiene la capacidad para asegurar que toda su población esté sana, puesto que hay una serie de factores que son imposibles de controlar y que influyen en el goce o no de salud (tal es el caso de la propensión individual a sufrir una dolencia, la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados, la falta de prevención, etcétera). En este sentido, “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (párrafo 9).

El Comité señala que el derecho a la salud, en todas sus formas y niveles, comprende ciertos elementos esenciales e interrelacionados, que son los siguientes (párrafo 12):

A) Disponibilidad: cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.

B) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad comprende cuatro distintas dimensiones:

1. No discriminación.
2. Accesibilidad física, de forma que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población, particularmente en el caso de los grupos vulnerables o marginados.
3. Accesibilidad económica (asequibilidad), lo que implica que los servicios de salud estén económicamente al alcance de todos, para lo cual hay que tener en cuenta las siguientes palabras del Comité:

Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al

y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”. La libertad de procreación, directamente establecida en el artículo 4 de la Constitución mexicana, ha sido objeto de estudio en el capítulo tercero de este libro.

alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

4. Acceso a la información, lo que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

C) Aceptabilidad, es decir, que los establecimientos, bienes y servicios sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, para lo cual se deberá ser sensible a los requisitos de género y del ciclo de la vida, así como respetar la confidencialidad e intimidad de las personas de que se trate.

D) Calidad, de forma que, además de ser culturalmente aceptables, los servicios médicos sean apropiados desde el punto de vista científico, para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Luego de señalar estas “condiciones mínimas” que se deben observar como consecuencia del derecho a la salud, el Comité se dedica a aportar consideraciones específicas sobre algunos tipos de enfermedades o sobre ciertos grupos humanos que requieren de atención especial, relacionando cada caso con la correspondiente disposición del artículo 12 del Pacto.

Así, por ejemplo, el Comité se refiere a la salud materna, infantil y reproductiva en los siguientes términos:

es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información (párrafo 14).

Con respecto a la higiene del trabajo y del medio ambiente el Comité afirma que es necesaria

la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos. Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente

viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral (párrafo 15).

Un lugar destacado para preservar la salud lo ocupa la prevención de las enfermedades. Para lograr esa prevención el Comité considera que se deben establecer programas educativos, orientados sobre todo a hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento; tal es el caso de las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/Sida, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica. Los mencionados programas deben promover los factores sociales determinantes de la buena salud, como lo son la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género (párrafo 16).

Como en casi todas las observaciones generales, también en la OG 14 el Comité señala la obligación de los Estados parte de observar el mandato de no discriminación. Según el Comité

es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial en lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población (párrafo 19).

Una manifestación concreta del fenómeno discriminatorio, como lo vimos en el capítulo segundo de este libro, se produce por el trato desigual que frente a los hombres reciben las mujeres. La discriminación de género existe también en el ámbito de la salud, por lo cual el Comité ha considerado oportuno hacer una mención especial del tema, sugiriendo a los Estados que apliquen una perspectiva de género al asegurar ese derecho:

El Comité recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el

sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud (párrafo 20).

En consecuencia con lo anterior, “Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar” (párrafo 21).

También los niños y los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y los pueblos indígenas merecen comentarios particulares del Comité (párrafos 22 a 27).

Con base en la OG núm. 3, el Comité desarrolla en la OG 14 un estudio para delimitar las obligaciones de los Estados parte en materia de derecho a la salud. Este ejercicio, que ya se había realizado para otros derechos (señaladamente en la OG núm. 13 para el derecho a la educación) es importante porque ofrece respuestas concretas y hasta cierto punto prácticas a la pregunta de ¿qué deben hacer los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto en materia de derecho a la salud?

El Comité se refiere a las obligaciones generales y a las obligaciones específicas. En el caso de las primeras menciona, entre otras, la prohibición de regresividad en el derecho a la salud. Aunque el Comité no ofrece ejemplos concretos, no cuesta imaginar en qué casos estaríamos frente a una medida regresiva; una medida de este tipo podría darse si el Estado decide dejar de suministrar gratuitamente un medicamento a personas que no tienen la capacidad económica para adquirirlo, o si cierra un hospital, o si reduce el número de médicos o de camas en un determinado centro sanitario. En estos casos, el Comité señala, como ya lo había hecho en la OG núm. 3, que la medida solamente será aceptable si el Estado puede acreditar que estudió y desechó la aplicación de todas las medidas alternativas que fueran aplicables y que la medida tomada está justificada en referencia a la totalidad de las disposiciones del Pacto, y particularmente en relación con la obligación de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles (párrafo 32). Si el Estado no la justifica de esta forma, estaría violando el Pacto.

Para examinar las obligaciones de carácter específico, el Comité se vale de la misma metodología que ha sido detallada desde la OG núm. 3 y se refiere a las obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud.

Respecto a la obligación de respetar, el Comité señala que los Estados parte deberán

abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar trata-

mientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas... los Estados deberán abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud [párrafo 34].

Sobre la obligación de proteger el Comité apunta que los Estados deberán

Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud [párrafo 35].

Como se sabe, la obligación de cumplir puede ser estudiada en términos generales o en sus dos distintos significados: cumplir en el sentido de facilitar y cumplir en el sentido de promover. En términos generales, el Comité señala que la obligación de cumplir supone lo siguiente:

Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de sa-

lud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/Sida, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párrafo 36).

La obligación de cumplir en su aspecto de promover requiere de medidas positivas por parte de los poderes públicos; dichas medidas comprenden, a juicio del Comité, lo siguiente: *a)* fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; *b)* velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; *c)* velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, y *d)* apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud (párrafo 37).

Como en los demás derechos, también en el derecho a la salud es importante la cooperación internacional; lo es, por ejemplo, porque los Estados deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros Estados, así como impedir que otros Estados conculquen ese derecho. Lo es también porque los Estados, según lo establece el Comité, deben facilitar el acceso a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia técnica que corresponda (párrafo 39). Además, los Estados tienen la obligación individual y solidaria, hasta el máximo de su capacidad, de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación de asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país (párrafo 40).

Para ir concretando lo que se acaba de decir sobre las obligaciones de los Estados, el Comité señala que existen obligaciones mínimas que ningún Estado puede dejar de cumplir sin violar el Pacto; también señala que los Estados tienen “obligaciones de prioridad comparable”, que sin bien no forman parte de las obligaciones básicas, deben ser atendidas con la mayor diligencia y prioridad por los Estados.

Entre las obligaciones básicas (que, repito, conforman el contenido mínimo del derecho a la salud) están las siguientes (párrafo 43):

- Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.¹¹⁹
- Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.
- Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

Entre las obligaciones de prioridad comparable a las anteriores el Comité señala las siguientes (párrafo 44):

- Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y posnatal) e infantil.
- Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.
- Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.
- Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

¹¹⁹ Sobre el derecho a la alimentación —que comprende también el derecho al agua— nos detendremos en la última parte de este capítulo.

El estudio de las obligaciones que los Estados parte tienen en materia de derecho a la salud, que se acaba de hacer, puede servir para contestar a la pregunta de ¿qué deben hacer los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto en materia de derecho a la salud? Otra pregunta importante es ¿de qué manera o bajo qué circunstancias los Estados violan el artículo 12 del Pacto? Esta pregunta es relevante porque de su respuesta correcta depende el hecho de que seamos capaces de anudar las obligaciones que acabamos de revisar con situaciones concretas que suceden todavía en nuestro país; en otras palabras, el estudio de las obligaciones que emanan del artículo 12 del Pacto solamente adquiere sentido si somos capaces, a través de ellas, de señalar violaciones concretas al mismo. Ese es el tema del que se ocupa el Comité en la última parte de la OG núm. 14.

Para empezar, el Comité, de nuevo apelando al realismo, señala que es importante distinguir entre la incapacidad de un Estado para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto y la renuencia de ese mismo Estado a cumplir con las mismas (párrafo 47); es decir, el Comité señala que las violaciones se pueden dar por imposibilidad material de atender lo dispuesto en el Pacto o bien por simple y pura negligencia.

Siguiendo la metodología establecida para señalar las obligaciones, el Comité divide el estudio de las violaciones al Pacto en violaciones de las obligaciones de respetar, violaciones de las obligaciones de proteger y violaciones a las obligaciones de cumplir.

Como violaciones de las obligaciones de respetar el Comité señala los siguientes ejemplos:

la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación *de iure* o *de facto*; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales (párrafo 50).

Como violaciones de las obligaciones de proteger el Comité señala los siguientes casos:

la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los

demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas;¹²⁰ el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras (párrafo 51).

Finalmente, como violaciones a las obligaciones de cumplir el Comité señala las siguientes:

la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna (párrafo 52).

Antes de terminar su larga y muy ilustrativa OG 14, el Comité aborda algunas cuestiones relacionadas con la puesta en práctica del derecho a la salud, en cierta forma complementarias de lo que hasta aquí se ha dicho. Por ejemplo, señala que los Estados deben adoptar una legislación marco para dar mayor efectividad a la estrategia nacional que deben dictar para hacer realidad el derecho a la salud (párrafo 56); con ello, el Comité seguramente busca evitar la dispersión normativa (que en esta materia puede ser especialmente perjudicial), así como permitir que el Estado —en sus diferentes niveles de autoridad— logre un funcionamiento armónico y coordinado a fin de proteger de mejor manera el mencionado derecho.

El Comité también considera importante que el derecho a la salud sea justiciable; esto supone que

¹²⁰ Este aspecto debe ser tenido en cuenta, como ya se ha mencionado en el capítulo tercero de este libro, al momento de analizar la regulación que se puede hacer de la libertad de expresión, sobre todo de las manifestaciones destinadas a la publicidad.

Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos [párrafo 59].

Para el Comité, también los juristas tienen un papel importante en la tutela del derecho a la salud: “Los Estados partes deben alentar a los magistrados y a los demás jurisconsultos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud” (párrafo 61).

Ya hemos visto que uno de los grupos tradicionalmente más discriminados y vulnerables en relación con el derecho a la salud son las mujeres; el Comité ha realizado en la OG 14 varias consideraciones específicas sobre la salud de las mujeres, lo cual refleja la importancia que el tema tiene. Seguramente como consecuencia de esa importancia, la salud de la mujer ha sido también objeto de una Recomendación General por parte del Comité contra la Discriminación de la Mujer de la ONU; se trata de la RG 24, por medio de la cual se interpreta el ya mencionado artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (la llamada CEDAW).¹²¹ En México este tema tiene un interés añadido al que pudiera tener en otras naciones, pues en nuestro país la discriminación contra la mujer es muy intensa y forma parte, desgraciadamente, de la realidad nacional. Por eso es que vale la pena detenerse a estudiar el contenido de la RG 24.

El Comité (recuerde el lector que nos referimos a partir de ahora al Comité contra la Discriminación de la Mujer) considera que hay diferencias biológicas que afectan de forma diferente la salud del hombre y de la mujer, pero que también se producen diferencias como consecuencia de factores sociales, señalando que “debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental” (párrafo 6).

El Comité aboga por la creación de un sistema médico que atienda específicamente las enfermedades que afectan a la mujer, y que sirva para prevenir la discriminación de género:

¹²¹ La RG 24 se puede consultar en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 689-700.

Las medidas tendentes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (párrafo 11).¹²²

¿Qué debe hacer el Estado para que pueda considerarse que atiende correctamente la diferencia entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud? El Comité señala los siguientes cinco aspectos que se deben tomar en cuenta (párrafo 12):

- Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia, así como el mayor riesgo de la mujer a resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual.
- Factores socioeconómicos, como el desigual reparto de poder entre hombres y mujeres en el hogar y en el trabajo, lo que puede repercutir en la salud y en la nutrición de la mujer; también es relevante el hecho de que la violencia intrafamiliar afecta mayormente a las mujeres; las niñas y adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores, lo que conlleva el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos, así como embarazos no deseados; algunas prácticas culturales, como la mutilación genital,¹²³ también conllevan para la mujer un mayor riesgo de muerte y discapacidad.
- La falta de respeto a la confidencialidad de la información médica afecta a hombres y mujeres, pero puede disuadir con mayor fuerza a la mujer de acudir a consulta; esto repercute negativamente en la atención médica que tiene que ver con el tratamiento de enfermedades de los órganos geni-

¹²² Sobre la objeción de conciencia, que también se aplica en el ámbito médico como se acaba de ver, nos hemos detenido en el capítulo tercero de este libro al estudiar los temas pendientes de la libertad religiosa en México.

¹²³ Sobre el tema de la mutilación genital puede verse, para una primera aproximación, Facchi, Alessandra, “Mutilaciones femeninas y derecho positivo”, en Lucas, Javier de (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999. El Comité de Discriminación contra la Mujer se ha ocupado —quizá con demasiada brevedad— del tema en su Recomendación General núm. 14, de 1990; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, t. I, pp. 648-650.

tales, con la utilización de métodos anticonceptivos o con la atención de abortos incompletos, así como en los casos en que la mujer ha sido víctima de violencia sexual o física.

El Comité señala finalmente una serie de medidas que los Estados deberían tomar para respetar el artículo 12 de la CEDAW; esas medidas son las siguientes:

- Situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer.
- Garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el VIH/Sida.
- Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.¹²⁴
- Supervisar la prestación de servicios de salud a la mujer por las organizaciones públicas, no gubernamentales y privadas para garantizar la igualdad del acceso y la calidad de la atención.
- Exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa.
- Velar por que los programas de estudios para la formación de los trabajadores sanitarios incluyan cursos amplios, obligatorios y que tengan en cuenta los intereses de la mujer sobre su salud y sus derechos humanos, en especial la violencia basada en el género.

¹²⁴ El tema de la interrupción voluntaria del embarazo y las discusiones que ha generado dentro del derecho constitucional mexicano y de otros países se ha abordado al examinar la libertad de procreación, dentro del capítulo tercero de este libro.

Como puede verse, la RG 24 viene a complementar el estudio del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos, que se había emprendido en profundidad a partir de la OG núm. 14; conviene apuntar que, para efectos interpretativos, el aplicador de las normas relativas deberá estar atento a la interpretación más favorable; en principio, si se trata de aplicar el derecho a la salud a una mujer, se atenderá a la RG, aunque sin dejar de tener en cuenta la OG núm. 14 en todo aquello en que resulte aplicable (en tanto que contiene una interpretación más amplia y general del derecho a la salud) y, particularmente, en todo lo que resulte más beneficioso para la mujer.

Tanto en el caso de la OG núm. 14 como en el de la RG 24, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité contra la Discriminación de la Mujer (con mayor énfasis el primero de ellos) han intentado precisar las distintas situaciones en las cuales se podría dar una violación de los tratados internacionales en la materia. Como se sabe, México forma parte de ambos, por lo que los criterios de los dos comités le resultan completamente aplicables al Estado mexicano. Sin embargo, para estar en capacidad de determinar si se ha violado o no el derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la salud hace falta contar con algunos indicadores estadísticos, que nos suministren elementos para emitir un juicio fundado de manera correcta. Son muchos los datos y estadísticas que se podrían citar, puesto que —como se ha visto— el derecho a la salud involucra un gran número de aspectos y se despliega en múltiples direcciones. Algunos de esos datos conforman, precisamente, el contenido del siguiente apartado.

4. Indicadores sobre la protección de la salud

Antes de terminar con la exposición del derecho a la salud, quizá habría que añadir algunos datos acerca del funcionamiento real del derecho a la protección de la salud en México, particularmente para —como se apuntaba— contar con elementos a partir de los cuales enjuiciar el respeto que el Estado mexicano brinda a los tratados internacionales en la materia.

Los datos del gasto en salud como porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB), demuestran que México se encuentra en una situación más bien precaria en esta materia; en el periodo que va de 1990 a 1998 se destinó el 2.8% del PIB al gasto en salud, frente al 6.6% de Europa occidental, el 4% de Europa del Este y Asia Central o el 3.3% del promedio de toda América Latina. Combinando gasto sanitario público y privado se tiene que en la Unión Europea ese gasto alcanza el 8.3% del PIB con datos de 1995, llegando hasta el 9.9% en Francia y el

9.6% en Alemania y Austria; en México, con datos de 1995, el gasto público y privado en materia de salud alcanzaba entre el 4.7% y el 6.5% del PIB.¹²⁵

Si se toma en cuenta el número de camas de hospital por cada 1,000 habitantes la situación no mejora en ningún sentido; para el periodo mencionado México tenía 1.2 camas de hospital por cada mil habitantes frente a las 7.8 de Europa Occidental, el 8.9 de Europa del Este y Asia Central, el 2.6 del Este y Pacífico asiático o el 2.3 del promedio de América Latina.

Un tercer indicador relevante es el constituido por el número de médicos por cada mil habitantes; para el periodo que se viene comentando (1990-1998), México contaba con 1.2 médicos por cada mil habitantes, frente a los 3.7 de Europa Occidental, los 3.3 de Europa del Este y Asia central o los 1.5 del promedio general de toda América Latina. Pese al endeble indicador de México, para 1990 el 19% de los médicos del país se encontraba subocupado, es decir, no podía ejercer su profesión.¹²⁶

Por último, creo que es muy ilustrativo el indicador del gasto *per capita* en salud; en los años que van de 1990 a 1998, México gastó en promedio 201 dólares *per capita* en salud, frente a los 1,974 de Europa Occidental, los 284 del promedio de toda América Latina o los 483 —más del doble que en México— que arroja el promedio mundial. Lo curioso de este último indicador es que en 1980 México gastaba en salud la cifra de 369 dólares por habitante, lo cual significa que el gasto en ese rubro se ha reducido en un 45% aproximadamente en las últimas dos décadas. Se trata, pues, de un gravísimo retroceso en uno de los derechos fundamentales más importantes para la vida y el desarrollo de las personas.

Si los datos anteriores se leen a la luz del crecimiento que ha tenido la población en el periodo examinado, se comprende por qué en México se estima que un porcentaje considerable de personas no rebasan los 40 años como esperanza de vida; para 1998 ese indicador se ubicaba en el 8.2% de la población.

Los menores de cinco años con peso insuficiente en 1998 eran el 14% del total de niños de esa edad, frente al 5% de Venezuela o al 9% de Marruecos y Sudáfrica. Es cierto que, pese a todo, la tasa de mortalidad infantil ha bajado considerablemente en los últimos años, acercándose a los niveles de otros países con igual desarrollo que México. Así, por ejemplo, las defunciones de menores de un año han pasado de 29.3 por cada mil nacimientos en 1985 a 16.1 por cada mil en 1999.

¹²⁵ Frenk, Julio *et al.*, “La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma”, en Solís Soberón, Fernando y Villagómez, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, Fondo de Cultura Económica, 2001.

¹²⁶ *Idem.*

Pero lo grave es que persisten graves diferencias entre los datos de defunciones infantiles producidas en el campo y las producidas en la ciudad. Las localidades más pequeñas presentan mayores tasas de mortalidad infantil (13.8 por cada mil nacimientos en las localidades de más de 100 mil habitantes frente a 23.08 por cada mil en las poblaciones rurales).

Otra diferencia grave tiene que ver con el nivel de instrucción de la madre y con su calidad de derechohabiente de alguno de los sistemas públicos de salud; así, en promedio en toda la República, la mortalidad infantil en el caso de madres sin instrucción es de 28.13 por cada mil nacimientos frente a los 16.61 por cada mil en madres con instrucción. Las madres no derechohabientes sufren una mortalidad infantil de 20.15 por cada mil nacimientos, frente a los 13.35 de las derechohabientes.¹²⁷

En el país la tasa de población sin acceso a servicios fijos de salud (no de salud pública, sino de servicios de salud en general, incluidos los de carácter privado) se ubicaba, con datos de 1995, en el 11%, mientras que en otros Estados con un desarrollo semejante a México ya se había logrado la cobertura sanitaria universal (como corresponde a un igualmente universal derecho de protección a la salud: el porcentaje de población sin acceso a servicios de salud es de cero en países como Chipre, Uruguay, Turquía y Mongolia).

Aunque si se utilizan como criterios la capacidad de atención de los servicios y el porcentaje de población necesitada, la falta de cobertura asciende en México a 21%. La medicina privada capta hasta el 60% de la demanda de servicios médicos de la población. La población de escasos recursos utiliza estos servicios privados hasta en un tercio del total de la demanda,¹²⁸ lo que viene a reiterar la importancia de la creación del seguro popular que se ha examinado en un apartado anterior.

Una última consideración: en general, de acuerdo con los indicadores de desarrollo humano que cada año da a conocer el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su *Informe sobre Desarrollo Humano*, México se encontraba en 1999 en el lugar 50 de la escala mundial, por debajo de Panamá (49), Venezuela (48), Argentina (39) o Chile (34). Para 2000 ya había descendido al lugar 55 por debajo de Costa Rica (48), Trinidad y Tobago (50), Dominica (51) o Lituania (52), aunque por arriba de otros países de América Latina como Cuba (56), Panamá (59), Venezuela (65), Colombia (68), Brasil (74), Perú (80), Nicaragua (116) o Guatemala (120). Para 2002 habíamos subido un lugar, al ubicarse México en el número 54 de este índice y en 2003 nos volvimos a ubicar en el lugar 55 de la tabla.

¹²⁷ DEMOS, *Carta demográfica de México*, núm. 13, México, IIS-UNAM, 2000.

¹²⁸ Frenk, Julio *et al.*, "La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma", *cit.*

Los indicadores de desarrollo humano son muy ilustrativos acerca de la realidad de los derechos sociales en cada Estado puesto que se elaboran teniendo en cuenta datos referidos a la longevidad de la población, a la tasa de alfabetización, a la diferencia entre géneros, a la pobreza, al acceso a servicios básicos, etcétera.

A partir de 2002, además, contamos con un Informe sobre Desarrollo Humano dedicado exclusivamente a México. Se trata de un instrumento muy útil ya que descompone los datos de desarrollo humano según las distintas entidades federativas del país, lo que nos permite observar con mucho mayor detalle el tipo de problemas que existen en cada región, así como las diferencias entre regiones. Por ejemplo, de acuerdo con el Informe mencionado, las diferencias entre el Distrito Federal y el estado de Chiapas son impresionantes. El Distrito Federal está 10% arriba de Chiapas en esperanza de vida (77 años en el D. F. y 72 en Chiapas), pero 23% arriba en el indicador de educación y 52% en el indicador de Producto Interno Bruto (22,816 dólares en el D. F. contra 3,549 en Chiapas). Estos datos demuestran que si el D. F. fuera considerado un país, aparecería en el Informe sobre Desarrollo Humano de la ONU entre los primeros 25 países, justo por debajo de España y de Israel, pero por encima de Grecia, Corea o Portugal; pero si lo mismo se aplicara a Chiapas, entonces la entidad federativa del sureste mexicano se ubicaría en el lugar 105 del mundo, por debajo de Albania, Ecuador, Túnez, Jordania o Cabo Verde y justo por encima de Argelia, Siria, Viet Nam o Mongolia. Lo anterior corrobora que siguen persistiendo en México graves inequidades, tanto entre las personas como entre las regiones y que mientras la injusta repartición del bienestar no sea corregida, seguiremos teniendo un país fracturado, partido en dos, con una mitad que mira directamente a los ojos a los países del primer mundo, pero con una parte de la población viviendo en condiciones inferiores a las que tienen varios países africanos. Sobra decir el impacto que estos datos tienen para el correcto entendimiento del derecho a la salud.

5. Los nuevos riesgos para la salud

La protección de la salud está sujeta a elementos no fácilmente definibles. El surgimiento de nuevos padecimientos supone la continuación de una batalla que parece irse ganando a ratos, pero que en otros momentos toma tintes de derrota. Uno de los grandes retos mundiales en materia de salud lo constituye actualmente el VIH/Sida. De este virus se contagian 11 personas cada minuto en todo el mundo. Más de 12 millones de personas han muerto ya en África por esa enfermedad y para el 2010 se estima que habrá más de 40 millones de huér-

fanos por la misma causa. Como otras, el VIH/Sida es una enfermedad que parece cebarse con mayor enjundia contra los pobres, y se viene a sumar a la larga serie de desgracias que ha sufrido el continente africano (aunque no sólo él) en las últimas décadas.¹²⁹

El surgimiento durante 2003 del llamado Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS, por su siglas en inglés) ha cobrado un número importante de vidas y se ha extendido sin control por muchos países del planeta. Por su facilidad para ser propagado, las autoridades médicas de algunos de esos países han tenido que implementar medidas restrictivas de algunos derechos fundamentales, como la libertad de tránsito o el derecho a la intimidad (se han practicado revisiones corporales en aeropuertos, por ejemplo). Desde luego, dichas medidas pueden encontrar fundamento en las disposiciones que permiten a las autoridades actuar en caso de emergencias médicas, aunque debe señalarse su necesario carácter transitorio. Las medidas que se tomen deben, en todo caso, ser objeto eventualmente de revisión judicial, a efecto de verificar su correcta fundamentación jurídica.

Además de los efectos destructivos generados por las nuevas enfermedades, en el caso de México siguen siendo un azote las enfermedades que se padecen desde siempre en los países pobres y que generan una serie importante de muertes que podrían evitarse: por diarreas, por cólera, por diabetes, las que se relacionan con la falta de agua potable o con una deficiente alimentación, etcétera.

En la Observación General número 14, que ya hemos estudiado en uno de los apartados precedentes, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU hace referencia a los nuevos riesgos para la salud en los siguientes términos:

enfermedades anteriormente desconocidas, como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/Sida), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud... (OG 14, párrafo 10).

Algunos riesgos para la salud pueden derivar, también, de la mala regulación que los Estados hagan de las nuevas tecnologías en el campo de la biología y de la medicina. Los avances que han supuesto recientes descubrimientos

¹²⁹ Algunas observaciones jurídicas en referencia al VIH/Sida se encuentran en Muñoz de Alba, Marcia y Cano Valle, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIH*, México, UNAM, Cámara de Diputados, 2000.

en materia genética, y que han permitido entre otras cosas la clonación de seres vivos, deben ser adecuadamente regulados con el objeto de no detener el avance científico —cuestión que quizá, si atendemos a la historia reciente, no esté al alcance de ninguna norma jurídica—, sino procurar dirigirlo correctamente para que redunde en beneficios comunes para toda la humanidad. Un modelo de regulación sobre estos avances, quizá muy incipiente y que sin dudas requerirá pronto de adecuaciones en el futuro inmediato, se puede encontrar, dentro del ámbito de la Unión Europea, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina y en su protocolo adicional mediante el que se prohíbe la clonación de seres humanos.¹³⁰

En la legislación mexicana los riesgos sanitarios deben ser atendidos por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, que tiene competencia para identificar y tratar dichos riesgos en las áreas de establecimientos de salud; medicamentos y otros insumos para la salud; disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; alimentos y bebidas; productos de perfumería, belleza y aseos; tabaco, plaguicidas, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o nocivas para la salud; productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, materias primas y aditivos que intervengan en la elaboración de los productos anteriores. La Comisión también tiene competencia para prevenir y controlar los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre, salud ocupacional y saneamiento básico.¹³¹

6. *Derechos de las personas con discapacidad*

Un grupo de personas que inequívocamente se encuentra en situación de vulnerabilidad es el de aquellos que tienen alguna discapacidad. Las personas con discapacidad, como es obvio, son titulares de los mismos derechos que las personas sin discapacidad, pues como vimos en el capítulo segundo de este libro, el artículo 1o. constitucional, en sus párrafos primero y tercero establece, respectivamente, la igualdad en el goce de los derechos fundamentales y la prohibición de discriminar por “condiciones de salud”. Una discapacidad es precisamente una condición de salud y por tanto no puede ser considerada criterio legítimo para tratar de forma distinta a una persona.

¹³⁰ El texto de ambos instrumentos puede ser consultado en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1555-1574.

¹³¹ Ver artículo 17 bis, 17 bis 1 y 17 bis 2 de la Ley General de Salud, según la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de junio de 2003.

Los derechos que las personas con discapacidad tienen por razón justamente de su discapacidad y que se suman a los que tienen por el solo hecho de ser personas no están enunciados en el texto constitucional, ni aparecen tampoco en la Declaración Universal de 1948 o en los pactos de 1966. Por el momento en que esos documentos fueron redactados, el tema de las personas con discapacidad no llamó la atención de sus forjadores. De hecho, el surgimiento de los derechos de las personas con discapacidad se produce como consecuencia del proceso de *especificación* de los derechos, por medio del cual —como ya lo hemos visto— los derechos dejan de asignarse al hombre y a la mujer en abstracto y se comienzan a enfocar a los distintos roles que las personas tienen a lo largo de su existencia, ya sea que dichos roles sean asumidos o bien que deriven de cuestiones ambientales, biológicas, por causa de un accidente, etcétera. Es el caso de los derechos de las personas con discapacidad.

Las referencias generales a esos derechos deben buscarse al menos en dos ordenamientos jurídicos concretos, que forman parte del derecho interno mexicano: la Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El artículo 23 de la Convención señala que

1. Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse por sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida

la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Por su parte, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, que es anterior a la Convención de los Derechos de Niño, dispone que

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

A) Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;

B) Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;

C) Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;

D) Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Aparte de los preceptos que se acaban de citar, hay tres documentos más en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos que conviene tener presente para comprender mejor los derechos de las personas con discapacidad. El primero es el que integran las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, dictadas por la Asamblea General de la ONU en 1993.¹³² El segundo es la Observación General número 5 (Personas con Discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la propia ONU, emitida en 1994.¹³³ El tercer documento que nos puede interesar es la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, vigente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos y adoptada en la

¹³² Las Normas Uniformes se encuentran en el anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1993.

¹³³ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 511-525.

Ciudad de Guatemala en junio de 1999.¹³⁴ Vamos a examinar el contenido de tales documentos.

Antes, sin embargo, conviene recordar que en la Declaración y Programa de Acción de Viena, emitido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 hay algunos señalamientos interesantes sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, en ese documento se precisa que

63. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a éstos y otros derechos de las personas discapacitadas.

64. El lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales, sicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad.

Las Normas Uniformes (NU, en lo sucesivo) conforman el cuerpo normativo más completo que existe sobre el tema de la discapacidad, hasta donde tengo información. Aunque, como se señala en el propio texto, no son obligatorias en sentido jurídico, la Asamblea General de la ONU reconoce que se pueden llegar a convertir en derecho internacional consuetudinario cuando un número importante de países decida aplicarlas (párrafo 14 de la “Introducción”). Partiendo del principio de buena fe que rige las relaciones internacionales, los Estados deberían observar en la mayor medida posible el contenido de las NU.

Una de las cuestiones más discutidas en el tema de los derechos de las personas con discapacidad tienen que ver con los conceptos empleados, y particularmente con el concepto mismo de “discapacidad”. Se trata de un concepto que es importante tener claro porque de lo contrario no estaremos en posibilidad de determinar el objeto de esos derechos y tampoco el sujeto de los mismos. ¿Qué es lo que se protege con los derechos para las personas con discapacidad?, ¿a

¹³⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de marzo de 2001; en vigor desde el 14 de septiembre de 2001. Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 305-311.

quiénes se les deben reconocer esos derechos? Esas respuestas son contestadas por las NU al distinguir entre la “discapacidad” y la “minusvalía”.

Para las NU con la palabra discapacidad

se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio [párrafo 17 de la “Introducción”].

Por su parte, la minusvalía

es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra “minusvalía” describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad [párrafo 18 de la “Introducción”].

Hay otros dos conceptos que son esenciales para comprender los derechos de las personas con discapacidad y que las NU también intentan definir. Se trata del concepto de “prevención” y del concepto de “rehabilitación”. Según las NU,

Por prevención se entiende la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, siquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria). La prevención puede incluir muchos tipos de acción diferentes, como atención primaria de la salud, puericultura prenatal y posnatal, educación en materia de nutrición, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, medidas de lucha contra las enfermedades endémicas, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y [la] prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados [párrafo 22 de la “Introducción”].

La rehabilitación puede definirse, de acuerdo con las NU, como

un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista fi-

sico, sensorial, intelectual, síquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención médica preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional [párrafo 23 de la “Introducción”].

El artículo 1o. de la NU se refiere a la necesidad de una mayor toma de conciencia de los problemas de las personas con discapacidad. Para que esa toma de conciencia se produzca, las NU señalan la obligación del Estado de distribuir información actualizada acerca de los programas y servicios disponibles para esas personas, sus familias, los profesionales que trabajen en esta esfera y el público en general (artículo 1.1). Es necesario también llevar a cabo campañas informativas sobre los derechos de las personas con discapacidad y alentar a los medios de comunicación a que presenten una imagen positiva de ellas (artículo 1o. numerales 2 y 3).

En cuanto a la atención médica, las NU señalan que los Estados deben proporcionar programas de detección precoz, evaluación y tratamiento de las deficiencias (artículo 2.1). Para ello es necesario capacitar a trabajadores comunitarios locales, asegurarse de que las personas con discapacidad reciban atención médica de igual calidad que el resto de la población y dentro del mismo sistema general, contar con personal médico y paramédico debidamente capacitado y equipado para atender a las personas con discapacidad, así como prestar asesoría a los padres para que no limiten las opciones de sus hijos con discapacidad (artículo 1o., párrafos 2 a 5).

Las NU también establecen los servicios de apoyo que deben prestarse a las personas con discapacidad. Los Estados deben proporcionar equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad (artículo 4.1), así como apoyar el desarrollo, fabricación, distribución y reparación de esos equipos y recursos auxiliares (artículo 4.2).

Las necesidades especiales de las personas con discapacidad hacen necesario tomar en cuenta una serie de cuestiones para facilitarles el acceso a los bienes y servicios a los que, como el resto de la población, tienen derecho. Las NU se refieren ampliamente a lo que se debe hacer para mejorar las “posibilidades de acceso” de las personas con discapacidad al entorno físico. La adaptabilidad del entorno puede traducirse en leyes que regulen de forma adecuada la cons-

trucción de viviendas, los servicios de transporte y los establecimientos que dan servicio al público (restaurantes, cines, teatros, etcétera).

En el ámbito de la educación, las NU señalan en su artículo 6o. la necesidad de que, en la medida de lo posible, las personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema educativo general y sólo de forma excepcional concurren a escuelas de educación especial. En el caso de las escuelas de educación especial el presupuesto asignado deberá ser al menos el mismo que el del resto de las escuelas (en términos porcentuales, como es obvio).

También el tema del empleo recibe un amplio tratamiento en las NU. Se trata de un aspecto, junto al de la salud y la educación, central para la vida digna de las personas con discapacidad, pues es justamente en el ámbito laboral donde existen limitaciones muy importantes para las personas con discapacidad que pueden dar lugar incluso a discriminaciones. El objetivo de los Estados, señala el artículo 7o. de las NU, debe ser el de apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral abierto; solamente de forma excepcional se podrán crear empresas o ámbitos de actividad profesional especialmente dedicados a la contratación de personas con discapacidad. El apoyo de las instituciones estatales se puede concretar en programas de capacitación profesional, planes de cuotas basadas en incentivos,¹³⁵ el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, etcétera (artículo 7.2.).

Las NU también señalan algunas medidas de ejecución que deben ser tomadas por los Estados, siguiendo en buena medida el esquema de obligaciones generales que en relación con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció el Comité de la ONU correspondiente en la OG núm. 3 que ya fue estudiada al inicio de este capítulo. Las NU señalan la obligación del Estado de reunir datos estadísticos con periodicidad, desglosados por sexo, que permitan conocer las condiciones de vida de las personas con discapacidad; a partir de esa reunión de estadísticas, se debe considerar la creación de una base de datos (artículo 13 numerales 1 y 2).

Los Estados deben adaptar su legislación interna; las NU señalan dos posibilidades: o bien que los derechos de las personas con discapacidad se integren en el catálogo general de derechos que tienen todas las personas del Estado, o bien que se cree un instrumento jurídico específico para ellas (artículo 15.3).

¹³⁵ Señalando, por ejemplo, que las empresas que cuenten entre sus empleados con más del 5% de personas con discapacidad tendrán un trato fiscal favorable, o incluso estableciendo que el Estado se hará cargo de las cuotas de la seguridad social de las personas con discapacidad que las empresas contraten.

En todo caso, se recomienda la puesta en marcha de acciones positivas en favor de las personas con discapacidad.

Por su parte, la Observación General número 5 (OG 5) retoma varias de las cuestiones que fueron abordadas por las Normas Uniformes, a las que nos acabamos de referir, y las aplica a los diversos derechos sociales que establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La OG núm. 5 comienza asumiendo la definición de discapacidad que ofrecen las Normas Uniformes, a la que ya nos hemos referido (párrafo 3 de la OG núm. 5). Luego reconoce que los derechos de las personas con discapacidad no están explícitamente previstos en el Pacto de 1966, lo cual no es obstáculo, sin embargo, para que los Estados parte estén obligados a tomar medidas en favor de las personas con discapacidad. En términos generales, dicha obligación de tomar medidas se desprende según el Comité de la obligación general de los Estados de realizar todas las acciones que estén a su alcance para garantizar el goce efectivo de los derechos consagrados en el Pacto; también puede desprenderse la obligación mencionada del artículo 2o. párrafo segundo del Pacto que establece la prohibición de discriminar por una serie de motivos concretos y por “cualquier otra condición social”; entre esas “condiciones sociales” se encontraría la discapacidad (párrafo 5).

Citando datos de la misma ONU, el Comité señala que existen unos 500 millones de personas con discapacidad en todo el mundo, de los cuales el 80% viven en zonas rurales dentro de los países en desarrollo. De esos 500 millones, se calcula que 70% no tiene acceso o tiene un acceso limitado a los servicios que necesitan por razón de su discapacidad (párrafo 8).

Para el Comité, los Estados no pueden limitarse a tomar medidas negativas o de abstención en el caso de las personas con discapacidad; por el contrario, la satisfacción de sus derechos requiere que los Estados desarrollen políticas activas y destinen recursos económicos adicionales. En palabras del Comité,

En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas [párrafo 9].

Además de las medidas que debe tomar el Estado, es obvio que la tutela adecuada de los derechos de las personas con discapacidad exige también la participación de los particulares. El Comité específicamente hace referencia a la obligación de los particulares de observar un trato igualitario respecto a las

personas con discapacidad, sobre todo en caso de que estén a cargo de la gestión de servicios públicos, o tengan establecimientos abiertos al público, como restaurantes, cines o bibliotecas (párrafo 11).

Para precisar el sentido de su comentario en torno a la discriminación que existe contra las personas con discapacidad, el Comité redactó un acertado párrafo en el que ofrece un concepto de dicha discriminación, retomando los conceptos que ya figuraban en otros ordenamientos jurídicos internacionales.¹³⁶ Para el Comité,

La discriminación, de *jure* o de *facto*, contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más “sutiles” de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. A los efectos del Pacto, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales. Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos [párrafo 15].

El Comité recomienda a los Estados emitir una legislación amplia y antidiscriminatoria en relación con la discapacidad; dicha legislación “no solamente debería proporcionar a las personas con discapacidad la posibilidad de recurso judicial en la medida de lo posible y apropiado, sino que brindaría asimismo programas de política social que permitirían que las personas con discapacidad pudieran llevar una vida integrada, independiente y de libre determinación” (párrafo 16). En esa legislación los Estados deben establecer medidas de acción positiva en favor de las personas con discapacidad; dichas medidas, señala el Comité, no serán consideradas discriminatorias al tenor del artículo 2o. párrafo segundo del Pacto, “mientras se basen en el principio de la igualdad y

¹³⁶ Cfr. en el capítulo segundo *supra* los conceptos de discriminación que se encuentran en algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo” (párrafo 18).¹³⁷

En la parte central de la OG núm. 5 el Comité va relacionando los distintos derechos previstos en el Pacto con las personas con discapacidad. Comienza señalando que el mandato de igualdad entre el hombre y la mujer establecido en el artículo 3o. del Pacto, tampoco se observa en el caso de las personas con discapacidad; el Comité subraya “la doble discriminación que padecen las mujeres con discapacidad” (párrafo 19).

En relación con los derechos vinculados con el trabajo (previstos en los artículos 6o. a 8o. del Pacto), el Comité señala que es justamente en la esfera del empleo donde la discriminación contra las personas con discapacidad ha sido tan preeminente como persistente y apunta que

En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrecen puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado de trabajo. Los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario (párrafo 20).

Para el Comité, la discriminación hacia las personas con discapacidad en el ámbito del empleo se debe, con frecuencia, a las barreras materiales que la sociedad ha erigido en esferas como el transporte, la vivienda y el propio puesto de trabajo, conformando obstáculos que se citan como justificación para no emplear a esas personas. Para revertir esa situación, el Comité señala que los gobiernos deben desarrollar políticas de promoción y disposiciones laborales flexibles y alternativas que permitan atender de forma razonable las necesidades de los trabajadores con discapacidad (párrafo 22). Un aspecto crucial, en este contexto, lo juegan los medios de transporte; los Estados deben posibilitar el acceso de las personas con discapacidad a medios de transporte apropiados y, cuando sea necesario, especialmente adaptados a sus necesidades (párrafo 23).

Sobre la seguridad social en favor de las personas con discapacidad, el Comité cita el criterio establecido por las Normas Uniformes, y añade que la cobertura debe referirse no solamente a las personas con discapacidad sino también, en la medida de lo posible, a las personas —que casi siempre son mujeres— que se ocupan de cuidarlas (párrafo 28).

¹³⁷ Sobre el concepto de “acción positiva” y los requisitos que debe reunir para ser considerada adecuada a la Constitución nos hemos detenido en el capítulo segundo *supra*.

Respecto a la protección de la familia, de las madres y de los niños en términos del artículo 10 del Pacto, el Comité señala que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse, a fundar su propia familia y a disfrutar de su sexualidad (párrafo 30). Para el Comité, una operación de esterilización o de aborto practicada sobre una mujer con discapacidad sin haber obtenido previamente su consentimiento, que además debe haber sido dado con conocimiento de causa, constituye una grave violación del Pacto (párrafo 31). También reclama el Comité una protección especial para los niños con discapacidad, puesto que son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado (párrafo 32).

El derecho a la salud, como es obvio, tiene un papel fundamental en la vida de las personas con discapacidad; para el Comité, ese derecho comprende el acceso a los servicios médicos y sociales —incluidos los aparatos ortopédicos, en su caso—, que les permitan en la medida de lo posible ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social; el derecho a la salud debe incluir el acceso a los servicios de rehabilitación (párrafo 34).

También el disfrute del derecho a la educación es especialmente importante para que las personas puedan desarrollar de forma autónoma sus planes de vida. Para el Comité, la mejor manera de procurar la educación de las personas con discapacidad es por medio de su integración en el sistema educativo general; para llevar a cabo dicha integración

los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas. Por ejemplo, en el caso de los niños sordos debería reconocerse el lenguaje de gestos como lenguaje al que los niños deberían tener acceso y cuya importancia debería reconocerse debidamente en su entorno social general (párrafo 35).

Por último, el Comité señala que es importante que los Estados informen y difundan entre toda la población cuestiones relacionadas con la discapacidad; particularmente, menciona la necesidad de educar al público para que acepte que las personas con discapacidad tienen tanto derecho como los demás a hacer uso de restaurantes, hoteles, centros recreativos y centros culturales (párrafo 38).

La Convención Interamericana, a pesar de ser más reciente que los dos instrumentos que acabamos de revisar, no detalla —como sí lo hacen estos últimos— los derechos y las obligaciones que surgen a partir del reconocimiento de que una persona tiene una discapacidad. De sus 14 artículos haremos refe-

rencia solamente a dos de ellos, que son los que podrían tener un mayor interés para el tema en estudio.

En el artículo 1o., la Convención contiene tres disposiciones de gran interés, que también se encuentran presentes en los otros dos documentos que ya hemos analizado; por un lado, define el término “discapacidad”; en segundo lugar nos ofrece una definición del concepto “discriminación contra las personas con discapacidad” y en tercer lugar señala que las medidas de acción positiva que se tomen en favor de las personas con discapacidad no resultan, por sí solas, discriminatorias contra el resto de personas.

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención el término “discapacidad”, “significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, el concepto de “discriminación contra las personas con discapacidad” significa “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 1.2.A). Finalmente, respecto de las acciones positivas o especiales en favor de las personas con discapacidad la Convención establece que

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación (artículo 1.2.B).

El otro precepto que nos puede interesar de la Convención es el artículo 3o., que se refiere a las medidas que deben tomar las autoridades en favor de las personas con discapacidad y las áreas en que principalmente se deben aplicar tales medidas. Con respecto a lo primero, el mencionado precepto dispone que se deberán tomar medidas de toda índole, por parte de las autoridades y/o de las entidades privadas, para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalacio-

nes, programas y actividades, como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración. También se deberán tomar medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en el territorio de cada Estado parte faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad, así como para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan (artículo 3.1 incisos A, B y C). Los Estados deberán trabajar prioritariamente en las áreas de prevención, detección temprana, tratamiento y rehabilitación, así como en la sensibilización de la población a efecto de eliminar los prejuicios y estereotipos existentes sobre las personas con discapacidad (artículo 3.2).

Bajo la influencia de las Normas Uniformes, de la OG núm. 5 y de la Convención Interamericana, el legislador mexicano introdujo algunas previsiones sobre las personas con discapacidad en el texto de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. En el artículo 11 fracción III de la Ley se establece que

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades de las niñas y los niños:

...

III. Promover el acceso a centros de desarrollo infantil, incluyendo a menores con discapacidad.

La misma ley consagra un artículo específico para las personas con discapacidad; es el artículo 13, a partir del cual los poderes públicos de la Federación deben llevar a cabo medidas de acción positiva en favor de las personas con discapacidad. El texto del artículo 13 es el siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad:

- I. Promover un entorno que permita el libre acceso y desplazamiento;
- II. Procurar su incorporación, permanencia y participación en las actividades educativas regulares en todos los niveles;
- III. Promover el otorgamiento, en los niveles de educación obligatoria, de las ayudas técnicas necesarias para cada discapacidad;
- IV. Crear programas permanentes de capacitación para el empleo y fomento a la integración laboral;
- V. Crear espacios de recreación adecuados;

- VI. Procurar la accesibilidad en los medios de transporte público de uso general;
- VII. Promover que todos los espacios e inmuebles públicos o que presten servicios al público, tengan las adecuaciones físicas y de señalización para su acceso, libre desplazamiento y uso;
- VIII. Procurar que las vías generales de comunicación cuenten con señalamientos adecuados para permitirles el libre tránsito;
- IX. Informar y asesorar a los profesionales de la construcción acerca de los requisitos para facilitar el acceso y uso de inmuebles, y
- X. Promover que en las unidades del sistema nacional de salud y de seguridad social reciban regularmente el tratamiento y medicamentos necesarios para mantener y aumentar su capacidad funcional y su calidad de vida.

Como puede apreciarse, el marco jurídico en favor de las personas con discapacidad es todavía muy endeble. Al tratarse de un tema sobre el que tradicionalmente no se había reparado, la atención del ordenamiento jurídico no es tan completa como sería lo deseable. Pese a todo, el hecho de tener ciertas normas sobre el tema que nos ocupa debe suministrar una base mínima para emprender reivindicaciones desde el mundo de lo jurídico en favor de las personas con discapacidad, que por primera vez en la historia aspiran a salir del olvido y la discriminación para comenzar a figurar en la sociedad como cualquier otra persona.

7. Derechos de los adultos mayores

Puede parecer un tanto extraño que el análisis de los derechos de los adultos mayores se haga dentro del apartado encargado de estudiar el derecho a la salud. La verdad es que no hay ningún motivo especial por el cual los derechos de los adultos mayores deban limitarse a su derecho a la salud. Todo lo contrario: en virtud del mandato de no discriminación por razón de edad (artículo 1o., párrafo tercero constitucional y artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ya estudiados en el capítulo segundo de este libro), se puede afirmar que los adultos mayores son titulares de todos los derechos fundamentales. Pero intentando hacer un ejercicio de seriedad académica que se aleje de la retórica oficialista que con tanta astucia como cinismo trata de ganarse el voto de los adultos mayores, debe reconocerse que el problema principal al que se enfrentan es el de la salud. Es por eso que conviene no dejar de mencionar su caso particular dentro del estudio más amplio referido al derecho a la salud, tal y como se hizo en el apartado anterior con los derechos de las personas con discapacidad.

El reconocimiento de derechos especiales para los adultos mayores también se enmarca en el proceso de especificación de los derechos, como en el caso de las personas con discapacidad. Como ya lo hemos dicho, la especificación se produce cuando los textos constitucionales y los textos de los tratados internacionales de derechos humanos establecen derechos no en favor de la persona o del ciudadano en abstracto, sino que toman en consideración los distintos roles o situaciones de vulnerabilidad por los que podemos atravesar en un momento de la existencia. No cabe duda de que alcanzar la tercera edad comporta riesgos importantes para la persona y puede, eventualmente, ponerla en una situación de alta vulnerabilidad.

Por otro lado, hay que señalar el enorme impacto que la llamada “transición poblacional” está teniendo en un número importante de políticas públicas. La “transición poblacional” se produce, en el aspecto que ahora nos interesa, por el crecimiento del número de las personas de edad avanzada (pensionados o jubilados) y el decrecimiento de la población en edad juvenil (estudiantes) o en edad productiva desde un punto de vista laboral (trabajadores). La mayor parte de los sistemas de asistencia social fueron diseñados pensando en una sociedad en donde la mayor parte de la población estaba en una situación laboral activa o en vísperas de incorporarse a alguna actividad profesional.

Esa era la situación que prevalecía en la segunda mitad del siglo XX. A principios del siglo XXI, sin embargo, esa situación está comenzando a cambiar de manera drástica. Los efectos del envejecimiento poblacional ya se están dejando sentir en los países más desarrollados; en México, esa tendencia se mostrará con toda intensidad hacia 2050, según algunas proyecciones. Para anticiparse a la situación hay que comenzar a construir las bases de asistencia social y atención médica que nos permitan proporcionar condiciones dignas de vida a los adultos mayores lo más pronto posible. Con seguridad, estos objetivos van a implicar cambios significativos en los seguros sociales públicos y en todo el sistema de protección de la salud (público y privado).

Al abordar el tema de los derechos de las personas adultas mayores, las preguntas que surgen se despliegan en varios niveles. Para empezar, una cuestión de titularidad de los derechos: ¿quiénes son los adultos mayores?, ¿qué personas entran en ese concepto?, ¿qué requisitos deben reunirse para ser adulto mayor? Una segunda cuestión tiene que ver con la base normativa de esos derechos: ¿en qué norma se prevén esos derechos?, ¿cuál es el alcance que pueden tener esas normas?, ¿en qué aspectos de sus derechos fundamentales debemos poner más atención en virtud de las especiales necesidades a las que están sujetos?

Aunque en este momento no podemos tratar de responder con todo el detenimiento que sería necesario esas preguntas, cabe mencionar que varias de ellas dependen de la base normativa que le dé sustento a esos derechos. La cuestión que tendríamos que atender de forma principal sería entonces la del fundamento jurídico.

Los derechos de las personas mayores, tal como sucede con los derechos de las personas con discapacidad, no aparecen explícitamente recogidos ni en el texto constitucional, ni en la Declaración Universal de 1948, ni en los Pactos de derechos humanos de 1966. A nivel regional, en América Latina encontramos un fundamento para esos derechos en el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; su texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

A) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;

B) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;

C) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Aparte de ese precepto, también hay que atender al contenido de la Observación General número 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1994, referido a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.¹³⁸ Vamos a detenernos en las cuestiones más importantes que aborda la OG núm. 6.

El Comité, como hace normalmente, procura ofrecer al inicio de su Observación evidencia estadística que acredite la importancia del tema; en este sentido, nos recuerda que la población mundial ha envejecido a un ritmo espectacular en los últimos años. Para 2025, se calcula que habrá en todo el mundo 1,200 millones de personas mayores de 60 años, de las cuales 137 millones tendrán más de 80 años (párrafo 1). Este envejecimiento de la población está generando una “revolución silenciosa” que tendrá evidentes repercusiones en las

¹³⁸ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 525-538.

políticas sociales de los Estados, las cuales tendrán que ser adaptadas muy intensamente, sobre todo en el ámbito de la seguridad social (párrafos 2 y 3).

El Comité acude a las pautas seguidas por la Oficina de Estadística de la ONU para establecer quiénes pueden ser considerados adultos mayores (que en la OG son llamados “personas de edad”); bajo ese criterio, se considera como tal a toda persona que tenga 60 o más años. Pese a ello, también cita el criterio del servicio estadístico de la Unión Europea de acuerdo con el cual entran en esa categoría las personas de 65 o más años, considerando que en los países que integran la Unión los 65 años es la edad más común de jubilación (párrafo 9).

El Comité señala la prohibición de discriminar por razón de edad, aunque reconoce que hay discriminaciones sostenidas en ese criterio que son permitidas, como la jubilación forzosa a cierta edad o la limitación para acceder a educación terciaria. Dichas discriminaciones deberían ir desapareciendo, siguiendo la tendencia que ya se observa en varios países (párrafo 12).

Las obligaciones generales de los Estados en relación con los adultos mayores son las mismas que para el resto de los derechos sociales. Esas obligaciones, de acuerdo con el criterio del Comité,

incluyen la necesidad de determinar, mediante una vigilancia regular, el carácter y alcance de los problemas existentes dentro de un Estado, la necesidad de adoptar políticas y programas debidamente concebidos para atender las exigencias, la necesidad de legislar en caso necesario y de eliminar toda legislación discriminatoria, así como la necesidad de adoptar disposiciones presupuestarias que correspondan o, según convenga, solicitar la cooperación internacional [párrafo 18].

En el caso de México, quizá sería importante considerar el asunto de la vigilancia sobre la situación existente de los adultos mayores, pues me parece que no tenemos un diagnóstico nacional que arroje la suficiente claridad para construir políticas públicas en su favor. Como ya hemos visto a lo largo de este capítulo, la realización de un diagnóstico sobre la situación que guarda un determinado derecho es muy importante, porque de esa manera se pueden medir los avances y retrocesos que se vayan sucediendo; esto significa por tanto que, solamente a partir del diagnóstico, estaremos en capacidad de saber si el Estado está o no cumpliendo con el mandato de progresividad y la prohibición de regresividad que establece el Pacto.

Sobre el tema de la igualdad entre el hombre y la mujer, el Comité señala la situación de mayor vulnerabilidad a la que se exponen las mujeres adultas mayores. Esa situación deriva en buena medida del hecho de que tradicionalmente las mujeres han dedicado toda o una parte de su vida a cuidar de su familia, sin

haber desarrollado una actividad productiva que las haga acreedoras a recibir una pensión de vejez (párrafo 20). Para paliar esa mayor vulnerabilidad el Comité señala la necesidad de establecer un régimen de pensiones no contributivas para todas las personas, que se podrían comenzar a disfrutar por el simple hecho de llegar a una cierta edad, sin que haya sido necesaria la previa cotización en la seguridad social (párrafos 21 y 30); se trata, de alguna manera, de la creación de una renta básica, cuya pertinencia y necesidad han sido defendidas en el capítulo segundo de este libro.

Sobre el derecho al trabajo el Comité señala dos cuestiones centrales: la desprotección en la que se encuentran los adultos mayores desempleados, que debería ser atendida por los Estados por medio de la adopción de medidas antidiscriminación (párrafo 22); por otro lado, el Comité se refiere a la información y programas que deberían ofrecerse a las personas antes de su jubilación; sobre este aspecto, el Comité apunta lo siguiente:

En los años anteriores a la jubilación, deberían ponerse en práctica programas de preparación para hacer frente a esta nueva situación, con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados. Tales programas deberían, en particular, proporcionar información sobre sus derechos y obligaciones como pensionistas, posibilidades y condiciones de continuación de una actividad profesional, o de emprender actividades con carácter voluntario, medios de combatir los efectos perjudiciales del envejecimiento, facilidades para participar en actividades educativas y culturales y sobre la utilización del tiempo libre [párrafo 24].

Partiendo del deber de los Estados de proteger a la familia establecido en el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité señala la necesidad de prestar atención no solamente a las personas adultas mayores, sino también a sus familias cuando deban hacerse cargo de esas personas, sobre todo en el caso de familias pobres que deseen mantener en su hogar a adultos mayores en situación de dependencia. Las ayudas deben otorgarse también a los adultos mayores que vivan solos y a las parejas de adultos mayores que quieran permanecer en su hogar (párrafo 31).

En relación con el derecho a la vivienda de los adultos mayores, el Comité señala la pertinencia de que los Estados aseguren que las personas que lo deseen puedan permanecer en su casa, lo cual implica que se deben crear políticas públicas destinadas a restaurar, desarrollar y mejorar sus viviendas, así como adaptarlas, según sea posible, a las dificultades de acceso y movilidad que pueden presentar los adultos mayores (párrafo 33).

Finalmente, entre otras cuestiones, el Comité señala que se deben realizar esfuerzos, tanto por parte de los poderes públicos como por lo que hace a la sociedad civil, para “superar imágenes estereotipadas negativas que presenten a las personas mayores como personas que padecen problemas físicos y psicológicos, que son incapaces de funcionar independientemente y que no desempeñan ningún papel ni tienen ningún valor para la sociedad” (párrafo 41).

Antes de la OG núm. 6, la Asamblea General de la ONU había aprobado la Resolución 46/91 del 16 de diciembre de 1991, en cuyo anexo se contienen los “Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad”. La Resolución busca alentar a los gobiernos a que incorporen en sus programas nacionales para los adultos mayores algunos principios básicos, muchos de los cuales fueron retomados posteriormente por la OG núm. 6.

Como en la OG núm. 6, también la Resolución 46/91 pone mucho énfasis en la autonomía de los adultos mayores; se señala, por ejemplo, que los adultos mayores deben tener el derecho de determinar en qué momento dejan de trabajar (lo cual haría necesario un sistema de jubilación flexible y una prohibición *prima facie* de la jubilación obligatoria) y el derecho a seguir residiendo en su propio domicilio siempre que sea posible (párrafos 3 y 5).

A nivel del derecho interno mexicano, encontramos una referencia a los derechos de los adultos mayores en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyo artículo 12 establece lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;

II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:

a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie y

b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y

III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Como se puede ver, en cada uno de las tres fracciones el legislador fue muy cauteloso y prefirió permitir que lo que podríamos llamar “normas intermedias” precisaran el alcance de los derechos que en ese precepto se establecieron; las expresiones legislativas utilizadas en cada una de las fracciones del artículo 12 fueron “según lo dispuesto por la normatividad” (¿cuál normatividad?, ¿qué límites existen para ella?, ¿quién la puede dictar?), “conforme a

las reglas de operación que al efecto se establezcan” (las mismas preguntas), y “conforme a la legislación aplicable” (de nuevo el matiz resulta poco preciso). Ninguna de esas expresiones figuraban en el artículo 19 del proyecto de la Comisión Ciudadana sobre el que ya hicimos repetidas alusiones en el capítulo segundo de este libro, cuyo texto señalaba con mayor claridad y precisión lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

- I. Garantizar el acceso gratuito a los servicios de salud pública y seguridad social;
- II. Otorgar descuentos en el pago por suministro de energía eléctrica;
- III. Garantizar un nivel mínimo y decoroso de ingresos;
- IV. Garantizar un sistema de pensiones, las cuales no podrán ser inferiores al salario mínimo vigente, y
- V. Crear programas de apoyo financiero para la construcción de estancias y albergues.

Como quiera que sea, lo cierto es que el artículo 12 de la Ley contra la Discriminación es una base suficiente para que se desplieguen políticas públicas sustantivas y de largo plazo en favor de los adultos mayores. Ahora bien, es importante tomar medidas para que, como se ha señalado en la OG 6, los problemas de los adultos mayores no queden expuestos únicamente a la lógica paternalista y burocrática de las políticas sociales, sino que se desarrollen también a la luz de los derechos fundamentales, para que puedan ser protegidos frente a las decisiones coyunturales de las mayorías políticas. Es importante recordar que lo que está en juego es el valor de la dignidad, cuya importancia es suficiente para alejar el tema de las personas mayores de los regateos políticos; no se trata de caridad ni de limosna, sino de derechos fundamentales.

En el Distrito Federal se emitió a finales de 2003 una legislación protectora de las personas mayores de 70 años; se trata de la “Ley que establece el derecho a la pensión alimentaria para los adultos mayores de setenta años, residentes en el Distrito Federal”.¹³⁹ De acuerdo con esta Ley, todas las personas mayores de 70 años que residan en el Distrito Federal “tienen derecho a recibir una pensión diaria no menor a la mitad del salario mínimo vigente” (artículo 1o.); para lograrlo, “La Asamblea Legislativa del Distrito Federal deberá aprobar, en el Decreto de Presupuesto anual, el monto suficiente para hacer efectivo el derecho a la pensión alimentaria” (artículo 3o.). Se trata de una legislación muy intere-

¹³⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 18 de noviembre de 2003.

sante por varios motivos. En primer término porque se hace cargo de uno de los grupos más vulnerables que existen en México, como lo son los adultos mayores. En segundo lugar, es interesante también porque extiende de forma *incondicional y universal* el derecho a percibir el ingreso en forma de “pensión alimentaria”, es decir, el derecho se asigna a *todas* las personas mayores de setenta años que vivan en el Distrito Federal (universalidad), por el solo hecho de tener esa edad y esa residencia, sin ningún otro tipo de *requisito o contra-prestación* (incondicionalidad).¹⁴⁰

La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores

Aparte del artículo 12 de la Ley contra la Discriminación, en el derecho federal mexicano es también relevante para el tema que nos ocupa la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de junio de 2002. Por su importancia para el tema que nos ocupa y por la forma en que recoge algunos derechos, conviene dedicarle una breve y sumaria mención especial. La Ley considera persona adulta mayor a todas las que tengan más de 60 años de edad y se les aplica tanto a los residentes en el país como a los que se encuentren en tránsito (artículo 3o. fracción I).

La Ley intenta combinar de forma adecuada los derechos de los adultos mayores y las políticas públicas que el Estado debe desarrollar en su favor. Es decir, establece tanto los derechos de los particulares como las obligaciones del Estado.

El artículo de la Ley que más nos interesa para nuestro objeto de estudio es el 5o., ya que establece una larga lista de derechos de los adultos mayores, intentando además aportar algún tipo de sistematización sobre los mismos. El texto del artículo 5o. es el siguiente:

De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

I. De la integridad, dignidad y preferencia:

a. A una vida con calidad. Es obligación de las instituciones públicas, de la comunidad, de la familia y la sociedad, garantizarles el acceso a los programas que tengan por objeto posibilitar el ejercicio de este derecho.

¹⁴⁰ El reglamento de la Ley, que es donde se establecen las modalidades concretas para sumarse a la pensión, fue publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 31 de diciembre de 2003.

b. Al disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna, de los derechos que ésta y otras leyes consagran.

c. A una vida libre sin violencia.

d. Al respeto a su integridad física, sicoemocional y sexual.

e. A la protección contra toda forma de explotación.

f. A recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales.

g. A vivir en entornos seguros dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerzan libremente sus derechos.

II. De la certeza jurídica:

a. A recibir un trato digno y apropiado en cualquier procedimiento judicial que los involucre, ya sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados.

b. A recibir el apoyo de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio y respeto de sus derechos.

c. A recibir asesoría jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en que sea parte y contar con un representante legal cuando lo considere necesario.

d. En los procedimientos que señala el párrafo anterior, se deberá tener atención preferente en la protección de su patrimonio personal y familiar y cuando sea el caso, testar sin presiones ni violencia.

III. De la salud, la alimentación y la familia:

a. A tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes, servicios y condiciones humanas o materiales para su atención integral.

b. A tener acceso preferente a los servicios de salud, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. Constitucional y en los términos que señala el artículo 18 de esta Ley, con el objeto de que gocen cabalmente del derecho a su sexualidad, bienestar físico, mental y sicoemocional.

c. A recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal.

Las familias tendrán derecho a recibir el apoyo subsidiario de las instituciones públicas para el cuidado y atención de las personas adultas mayores.

IV. De la educación:

a. A recibir de manera preferente el derecho a la educación que señala el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el artículo 17 de esta Ley.

b. Las instituciones educativas, públicas y privadas, deberán incluir en sus planes y programas los conocimientos relacionados con las personas adultas mayores; asimismo los libros de texto gratuitos y todo material educativo autorizado y supervisado por la Secretaría de Educación Pública, incorporarán información actualizada sobre el tema del envejecimiento y los adultos mayores.

V. Del trabajo:

A gozar de igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo o de otras opciones que les permitan un ingreso propio y desempeñarse en forma productiva tanto tiempo como lo deseen, así como a recibir protección de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de otros ordenamientos de carácter laboral.

VI. De la asistencia social:

a. A ser sujetos de programas de asistencia social en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia.

b. A ser sujetos de programas para contar con una vivienda digna y adaptada a sus necesidades.

c. A ser sujetos de programas para tener acceso a una casa hogar o albergue, u otras alternativas de atención integral, si se encuentran en situación de riesgo o de samparo.

VII. De la participación:

a. A participar en la planeación integral del desarrollo social, a través de la formulación y aplicación de las decisiones que afecten directamente a su bienestar, barrio, calle, colonia, delegación o municipio.

b. De asociarse y conformar organizaciones de personas adultas mayores para promover su desarrollo e incidir en las acciones dirigidas a este sector.

c. A participar en los procesos productivos, de educación y capacitación de su comunidad.

d. A participar en la vida cultural, deportiva y recreativa de su comunidad.

e. A formar parte de los diversos órganos de representación y consulta ciudadana.

VIII. De la denuncia popular:

Toda persona, grupo social, organizaciones no gubernamentales, asociaciones o sociedades, podrán denunciar ante los órganos competentes, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir daño o afectación a los derechos y garantías que establece la presente Ley, o que contravenga cualquier otra de sus disposiciones o de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con las personas adultas mayores.

Como puede verse, el artículo 5o. reproduce, en lo fundamental, la lista de derechos que las personas adultas mayores ya tienen por el simple hecho de ser personas, agregando de esa manera más bien poco al estatuto jurídico de quienes se encuentran en esa situación. Pese a ello, la cuestión importante del artículo transcrito es que obliga a las autoridades a emprender acciones *específicamente* destinadas a hacer realidad esos derechos para los adultos mayores; esto significa que, dentro de las políticas públicas nacionales deberán existir apartados dedicados a las personas adultas mayores; igualmente, los informes

de gobierno deberán hacer mención del cumplimiento o no cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

En correspondencia con los derechos establecidos por el artículo 5o., la Ley detalla también las obligaciones a cargo del Estado, de las familias y de la sociedad en general respecto a los adultos mayores. Así, el artículo 6o. de la Ley establece lo siguiente:

El Estado garantizará las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas adultas mayores. Asimismo, deberá establecer programas para asegurar a todos los trabajadores una preparación adecuada para su retiro. Igualmente proporcionará:

I. Atención preferencial: Toda institución pública o privada que brinde servicios a las personas adultas mayores deberá contar con la infraestructura, mobiliario y equipo adecuado, así como con los recursos humanos necesarios para que se realicen procedimientos alternativos en los trámites administrativos, cuando tengan alguna discapacidad.

El Estado promoverá la existencia de condiciones adecuadas para los adultos mayores, tanto en el transporte público como en los espacios arquitectónicos;

II. Información: Las instituciones públicas y privadas, a cargo de programas sociales deberán proporcionarles información y asesoría tanto sobre las garantías consagradas en esta Ley como sobre los derechos establecidos en otras disposiciones a favor de las personas adultas mayores, y

III. Registro: El Estado, a través del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, recabará la información necesaria del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, para determinar la cobertura y características de los programas y beneficios dirigidos a los adultos mayores.

Como puede verse, este artículo contiene mandatos de políticas públicas que solamente con mucha imaginación pueden ser reconducidos a posiciones subjetivas que sean exigibles. ¿Qué significa, por poner un ejemplo, que el Estado debe promover la existencia de condiciones adecuadas para los adultos mayores en el transporte público y en los espacios arquitectónicos? Desde luego que la disposición del artículo 6o. implica un “mandato de optimización” para el Estado, pero está redactado con tanta amplitud y ambigüedad que casi de la misma manera puede considerarse cumplido como incumplido.

Con respecto a las obligaciones de la familia, el artículo 9o. de la Ley establece que

La familia de la persona adulta mayor deberá cumplir su función social; por tanto, de manera constante y permanente deberá velar por cada una de las personas adultas mayores que formen parte de ella, siendo responsable de proporcionar los satisfac-

tores necesarios para su atención y desarrollo integral y tendrá las siguientes obligaciones para con ellos:

- I. Otorgar alimentos de conformidad con lo establecido en el Código Civil;
- II. Fomentar la convivencia familiar cotidiana, donde la persona adulta mayor participe activamente, y promover al mismo tiempo los valores que incidan en sus necesidades afectivas, de protección y de apoyo, y
- III. Evitar que alguno de sus integrantes cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia y actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos.

De nuevo, parece que los términos escogidos por el legislador son demasiado vagos como para considerar que a partir de ese artículo pueden deducirse planteamientos concretos ante los tribunales. En todo caso, servirá para reforzar lo que prescriben otras normas jurídicas, como el Código Civil en materia de alimentos.

Para la aplicación de la ley en el ámbito administrativo se crea un organismo descentralizado que se llama Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores cuyas principales competencias están señaladas en el artículo 28 de la propia ley.

IV. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO (ARTÍCULO 40., PÁRRAFO CUARTO)

El párrafo cuarto del artículo 40. de la Constitución mexicana establece el derecho a un medio ambiente “adecuado” para el desarrollo y bienestar de todas las personas. Dicho párrafo fue incluido en el artículo 40. por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999. La misma reforma añadió también al artículo 25 constitucional el concepto de “desarrollo sustentable”.

La constitucionalización del “derecho al ambiente” es una tendencia reciente, pero muy firme, de los procesos de reforma constitucional de muchos países. Se encuentra en más de 60 textos constitucionales. Toda Constitución que ha sido expedida o reformada desde 1970 ha incorporado alguna mención al medio ambiente.¹⁴¹

Quizá sea justamente esa corta experiencia que se ha podido desplegar en materia ambiental la que genere muchas dificultades en el análisis del derecho

¹⁴¹ Bosselmann, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, en Greco, Michele (ed.), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Fiesole, Edizioni per la Pace, 2000, p. 71.

al medio ambiente, en el que no es difícil caer en discursos circulares y cuestiones obvias y sabidas.

El ambiente, que es el objeto tutelado por el precepto que se comenta, no se presta fácilmente a una definición desde el punto de vista jurídico. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEE, en lo sucesivo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1988), lo define como “El conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados” (artículo 3o., fracción I).

En otro intento de definición que conviene recordar, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

En la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aún a lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y que actúan sobre ellos para bien y para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción.

El medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores [Sentencia 102/1995].

Desde la doctrina se subraya el componente “sistémico” del ambiente, en el sentido de que involucra una serie importante de elementos de diversa procedencia y con presencia variable en los distintos ecosistemas —elementos físico-químicos, biológicos, sociales, etcétera—. ¹⁴² Esa composición compleja del medio ambiente genera lo que se ha llamado con acierto la “*vis expansiva*” de lo ambiental, que lo lleva a “confligir, afectándolos, con diversos intereses”. ¹⁴³

¹⁴² Cfr., entre otros, Brañes, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Editorial Universo Veintiuno, 1987; Canosa, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000; Carmona, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medio ambiente”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M. A. Porrúa, UNAM, t. XV, 2000.

¹⁴³ Canosa Usera, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 120.

Aparte del artículo 4o., en el resto del articulado de la Constitución hay varias referencias a la materia ambiental, pero hay tres sobre las que vale la pena reparar en este momento. Las dos primeras se encuentran en el artículo 73 y la tercera en el artículo 2o. La primera de ellas, contenida en la fracción XVI de dicho precepto, faculta al Consejo de Salubridad General para tomar medidas que ayuden a prevenir y combatir la contaminación ambiental, las cuales serán revisadas —con posterioridad a su expedición— por el Congreso de la Unión en los casos en que sean de su competencia. La LGEE define la contaminación como “La presencia en el ambiente de uno o más contaminantes o de cualquier combinación de ellos que cause desequilibrio ecológico” (artículo 3o., fracción VI); la misma Ley define como contaminante “Toda materia o energía en cualesquiera de sus estados físicos o formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento natural, altere o modifique su composición y condición natural” (artículo 3o., fracción VII).

La segunda disposición se encuentra en la fracción XXIX inciso G del mismo artículo 73 constitucional, de acuerdo con la cual se faculta al Congreso de la Unión “Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”. De acuerdo con lo anterior, la materia ambiental es de aquellas que se llaman concurrentes, en las que participan más de uno de los tres niveles de gobierno (en este caso los tres, por mandato constitucional).¹⁴⁴

La tercera disposición, contenida en el artículo 2o. apartado A, fracción V, establece que los pueblos y comunidades indígenas tendrán autonomía para “conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución”.

La consideración del medio ambiente “adecuado” como derecho fundamental tiene diversos significados. Robert Alexy apunta que un derecho fundamental ambiental

Está constituido por un haz de posiciones de tipos muy diferentes... puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (de-

¹⁴⁴ Este mandato constitucional está desarrollado en los artículos 4o. a 14 bis de la LGEE.

recho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendentes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica).¹⁴⁵

Lo anterior significa que la “constitucionalización” del ambiente tiene efectos que van en muy diversas direcciones y abarcan muchas modalidades, tanto de carácter negativo —abstenciones— como positivo —acciones—. Como explica Raúl Canosa, la constitucionalización de lo ambiental agrega un interés nuevo al constitucionalismo del Estado social; interés que tiene una textura diferente de la que tienen otros intereses protegidos por esa forma de Estado. Se trata de un interés más complejo, cuya realización y protección pueden ser muy costosas; el carácter expansivo y poliédrico de lo ambiental obliga a un replanteamiento de muchas políticas públicas —tanto de carácter social como en el ámbito de lo económico—, de forma que el Estado pueda estar *ambientalmente orientado*.¹⁴⁶

El hecho de que el medio ambiente haya sido constitucionalizado no ha generado una visión teórica unánime respecto a su entendimiento. Canosa explica, apoyándose en Gomes Canotilho, que en la teoría constitucional hay tres perspectivas usuales para explicar el derecho al medio ambiente.¹⁴⁷ Según el primer punto de vista, el derecho al medio ambiente se considera un derecho subjetivo y fundamental (como sucede en Portugal y, en parte, en España). De acuerdo con el segundo punto de vista, el derecho al ambiente entra en la categoría de derechos o intereses difusos, con lo cual se busca abrir vías de protección jurisdiccional de las pretensiones y los bienes ambientales (es el caso de Italia). Desde una tercera perspectiva se entiende que la protección del ambiente es un fin del Estado, lo cual genera sobre todo obligaciones para los poderes públicos. Estas tres perspectivas, que no son en todo caso excluyentes, aportan elementos interesantes para una adecuada configuración constitucional del medio ambiente, en tanto que subrayan su carácter de derecho, pero también ponen de manifiesto la necesidad de pensar en estrategias procesales para hacerlo valer jurisdiccionalmente y se detienen de la misma forma en subrayar las obligaciones que se generan para el Estado en la materia.

En cualquier caso, la previsión constitucional de un derecho al medio ambiente obliga a una reinterpretación armónica y sistemática de otros derechos fundamentales. Carmen Carmona subraya, en este sentido, que los otros derechos y libertades fundamentales que se verían afectados son, por ejemplo, la

¹⁴⁵ *Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, p. 429.

¹⁴⁶ Canosa Usera, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, *cit.*, p. 123.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 126.

libertad de movimiento, la libertad de residencia, la libertad de reunión, el derecho al desarrollo, el derecho a la propiedad, etcétera.¹⁴⁸ Se habla por ello de una “limitación ecológica a los derechos humanos”;¹⁴⁹ esta limitación consiste en que actualmente se entiende que la libertad individual no estaría solamente determinada por un contexto social —dedicado a la extensión, realización y tutela de los derechos humanos— sino también por un contexto ecológico.

Como quiera que sea, es cierto que reconocer el derecho al medio ambiente significa también celebrar una especie de “contrato entre generaciones”, pues el ambiente no se tutela solamente con vista en la “adecuación” del mismo a la vida de los que actualmente habitan el planeta, sino también como una medida para que quienes lo van a habitar en el futuro lo puedan hacer en condiciones favorables (o lo menos desfavorables posible).¹⁵⁰

En este sentido, es una obligación de las generaciones actuales actuar de tal forma que las generaciones futuras tengan la posibilidad de disfrutar de un medio ambiente adecuado, no solamente en la teoría sino también en la práctica, lo cual puede significar, como se decía, una restricción de algunos otros derechos y/o un redireccionamiento de otras disposiciones constitucionales (que es lo que ha sucedido, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 25 que ahora se refiere al desarrollo nacional como “desarrollo sustentable”).¹⁵¹ En Alemania, luego de más de diez años de debate en torno al tema, se reformó la Constitución en 1993 (artículo 20), para recoger como una obligación del Estado la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras.¹⁵²

¹⁴⁸ Carmona, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medio ambiente”, *cit.*, p. 311; ver también las observaciones de Rodotà, Stefano, *Repertorio di fine secolo*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 104 y ss.

¹⁴⁹ Bosselmann, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, p. 68.

¹⁵⁰ Aunque no en referencia al derecho al medio ambiente, el tema de la justicia entre generaciones fue ya planteado por John Rawls en su libro *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 323 y ss. Las indicaciones de Rawls pueden ser interesantes para nuestro tema en la medida en que explican la forma en que debe llevarse a cabo el reparto de las cargas sociales entre las sucesivas generaciones. También sobre el mismo tema puede verse Van Hoecke, Mark y Ost, Francois, “Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 607 y ss.

¹⁵¹ La LGEE define al desarrollo sustentable como “El proceso evaluable mediante criterios e indicadores de carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras” (artículo 3o., fracción XI).

¹⁵² El proceso de discusión es explicado por Bosselmann, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, *cit.*, pp. 72 y ss. Ver también el texto del artículo 41 de la Constitución de Argentina, transcrito *infra*, donde se encuentra una referencia a las generaciones futuras.

Además, el derecho al medio ambiente significa dotar de relevancia jurídica, al menos en cuanto *objeto* de los derechos, a la naturaleza “no humana”, que es considerada como algo que hay que proteger incluso en sí misma, con independencia de la relevancia directa o indirecta que pueda tener para la vida humana. Esto es lo que permite, por ejemplo, que se protejan especies animales en peligro de extinción aunque no afecten ni tengan que ver (al menos *prima facie*, pues ya se sabe que en materia ambiental *todo* tiene que ver de alguna manera) con la vida humana.¹⁵³

Quizá sean derechos fundamentales como el de disfrutar de un ambiente adecuado los que más pongan de manifiesto la necesidad de superar las visiones tradicionales en materia de soberanía y autodeterminación de los Estados.

Los riesgos medioambientales y los efectos de la contaminación no respetan fronteras. La deforestación de la selva amazónica afecta por igual a los indígenas que viven junto a ella que a los habitantes de Oslo o de Madrid. Las emisiones de gases tóxicos o que afectan a la capa de ozono emitidos por la opulenta sociedad estadounidense generan problemas cancerígenos por radiaciones solares en habitantes de otros países. Vivimos en la era de la interdependencia.

Esto muestra la necesidad de actuar globalmente frente a problemas globales. Del mismo modo que para nadie debe ser indiferente que se torture a un detenido en una cárcel israelí o que se discrimine a los sudafricanos de color en su propio país, tampoco puede ser tomado a la ligera el reto medioambiental al que se está enfrentando la humanidad desde hace unas décadas.

Como escribe Francesco Viola, “La ecología es acérrima enemiga de la soberanía. Los bienes ecológicos no conocen fronteras”.¹⁵⁴

Esto puede verse claramente —explica Habermas— si recurrimos al clásico ejemplo del reactor nuclear que un gobierno vecino construye en las proximidades de la frontera común de acuerdo con unos procedimientos de construcción y seguridad ajenos a los que están vigentes en el propio país. En un mundo cada vez más densamente entretejido —ecológica, económica y culturalmente— las decisiones que, en virtud de su competencia legítima, pueden adoptar los Estados en su ámbito territorial y social coinciden cada vez menos con las personas y territorios que pueden ser afectados por ellas.¹⁵⁵

Sin embargo, la acción internacional en materia ecológica encuentra un importante dique en la poca afabilidad que los Estados Unidos han demostrado

¹⁵³ Viola, Francesco, *Stato e natura*, Milán, Anabasi, 1995.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 71

¹⁵⁵ Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 95.

hacia el derecho internacional (el de los códigos y la diplomacia, no el de las bombas y los marines); su poco empeño en las tareas de la ONU y su falta de compromiso explícito con algunos aspectos de la lucha ecológica no permiten albergar muchas esperanzas. Otros países desarrollados tampoco tienen un expediente impecable en materia ambiental; las pruebas atómicas que Francia ha realizado por años en el Pacífico o la afición japonesa por seguir matando ballenas quizá sean dos ejemplos de ello, de entre los tantos que se podrían ofrecer.

De hecho, las normas jurídicas medioambientales de carácter internacional han sido concebidas más como recomendaciones que como mandatos o prohibiciones. Así, por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, produjo la Declaración de Río, que contiene una serie de postulados un tanto ambiguos y que son difícilmente evaluables en su acatamiento o desacatamiento práctico.

La Declaración de Río, que menciona la necesidad de preservar el ambiente para las generaciones futuras y que vincula acertadamente el desarrollo sostenible con el combate de la pobreza, sigue los pasos de la Declaración de Estocolmo de 1972.

Otro instrumento internacional importante en materia medioambiental es el Protocolo de Kyoto, referente a la disminución de emisiones de gases nocivos para la atmósfera, que ya ha sido ratificado por México (*Diario Oficial de la Federación* del 1o. de septiembre de 2000).

En la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993, se incluyó una mención específica para el derecho al medio ambiente y concretamente sobre los vertidos tóxicos, en los siguientes términos:¹⁵⁶

El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y la salud.

Por consiguiente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos hace un llamamiento a todos los Estados para que aprueben y apliquen rigurosamente las convenciones existentes en materia de vertimiento de productos y desechos tóxicos y peligrosos y cooperen en la prevención del vertimiento ilícito.

¹⁵⁶ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, p. 1316.

Conviene mencionar, antes de dar por terminado el presente apartado, que a partir de una revisión del derecho constitucional comparado se puede afirmar que el derecho al medio ambiente no se encuentra regulado de forma homogénea y que los diferentes textos constitucionales le asignan un carácter distinto según el país de que se trate. Para ilustrar lo que se acaba de decir sirven dos ejemplos concretos.

El primero se puede tomar de las disposiciones del artículo 41 de la Constitución de Argentina, según el cual:

Todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley... Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales... Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.

Como se puede ver, este texto contiene diversas disposiciones de detalle, relativamente concretas, y en todo caso más amplias que las del artículo 40. de la Constitución mexicana.

En tanto modelo que incorpora una concepción distinta a la anterior, puede mencionarse el artículo 45 de la Constitución española, el cual se encuentra ubicado dentro del capítulo III del título primero de dicho ordenamiento, es decir, entre “los principios rectores de la política social y económica” y no dentro del capítulo en el que se establecen los derechos y libertades fundamentales; su texto es el siguiente:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Como se puede apreciar, en este precepto el marco de protección es muy amplio e indeterminado (al “medio ambiente adecuado” se hace referencia, como en el caso de la Constitución mexicana), y más bien parece que el peso del artículo se encuentra en su apartado 2, al momento de señalar la obligación de las autoridades de velar por la utilización racional de los recursos naturales. En cualquier caso, si se observa lo establecido por el artículo 53 de la misma Cons-

titudin española, el contenido del artículo 45 sobre el medio ambiente, sirve para informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero solamente podrá ser alegado ante los tribunales ordinarios de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo, sin que sea protegible a través del recurso de amparo.¹⁵⁷

Del mismo artículo 45 conviene destacar el hecho de que impone a toda persona el “deber de conservar” el medio ambiente, creando con ello un tipo de “deber fundamental” que no es muy común en otros ordenamientos constitucionales.¹⁵⁸

El caso español es interesante porque además de la previsión constitucional a la que se acaba de hacer referencia, se han dictado algunos criterios jurisprudenciales para entender los alcances de la protección ambiental. En un caso en el que estuvo involucrado el Estado español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una célebre e innovadora sentencia en 1994, conocida como caso *López Ostra*,¹⁵⁹ en la que ponía en relación las molestias que una planta depuradora de aguas residuales generaba por sus malos olores a la señora López Ostra con el derecho a la intimidad;¹⁶⁰ en la sentencia el Tribunal afirmó que “los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar...”. El mismo criterio ha sido recogido con posterioridad por el Tribunal Constitucional español (por ejemplo en la sentencia 119/2001), a propósito de la contaminación auditiva; en su sentencia el Tribunal considera que

una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.¹⁶¹

¹⁵⁷ Sobre el derecho al medio ambiente en la Constitución Española, ver el destacado trabajo de Canosa, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, *cit.*

¹⁵⁸ Sobre el tema, Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 62, mayo-agosto de 2001, pp. 31-34.

¹⁵⁹ Canosa Usera, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, *cit.*, pp. 160 y 161. El texto de la sentencia, en la parte que ahora nos interesa puede consultarse, por ejemplo, en Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 286-292.

¹⁶⁰ Hemos examinado el derecho a la intimidad en el capítulo tercero *supra*.

¹⁶¹ En esta sentencia es interesante consultar los votos particulares concurrentes de los magistrados Manuel Jiménez de Parga y Fernando Garrido Falla, sobre todo teniendo en

Tanto en la sentencia *López Ostra* como en la que se acaba de citar del Tribunal Constitucional español se observa que algunos aspectos del derecho al medio ambiente (malos olores, ruido excesivo) se han relacionado con otro tipo de derechos (que podríamos considerar derechos de libertad o derechos de seguridad jurídica: integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etcétera) para reparar las violaciones constitucionales.

Esto demuestra dos cuestiones fundamentales: por un lado, la pertinencia de utilizar estrategias jurisdiccionales de protección de los derechos sociales por medio de las cuales estos derechos vengan puestos en relación con derechos de libertad, que son los que típicamente se han tutelado por las vías jurisdiccionales más conocidas (como sería el juicio de amparo en el caso de México); por otro lado, las sentencias mencionadas hacen evidente que el derecho al medio ambiente no tiene todavía, ni siquiera en contextos de mayor desarrollo político, económico y teórico, la autonomía suficiente como para imponerse por sí solo.

Este último es un aspecto en el que se tendrá que trabajar con mayor intensidad, desarrollando estrategias jurisdiccionales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones al derecho al medio ambiente por sí mismas, sin que su acreditación se haga depender de la violación de otros derechos; esto es importante en la medida en que genera una protección más amplia del medio ambiente, por ejemplo, en todos aquellos casos en que se puede producir una violación ambiental, pero que no repercute en ninguna persona en concreto (una tala ilegal de bosques, un vertido tóxico en el mar, una emanación excesiva de sustancias nocivas por parte de una industria, etcétera).

V. DERECHO A LA VIVIENDA (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO QUINTO)

El párrafo quinto del artículo 4 constitucional prevé el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. Para alcanzar tal objetivo, la Constitución ordena al legislador establecer los instrumentos y apoyos necesarios.

La regulación constitucional contiene, como es evidente a partir de su simple lectura, una serie importante de errores. En primer lugar, le asigna el derecho fundamental a “la familia” y no a todos los individuos. En segundo término, lo que garantiza la Constitución es “el disfrute” de la vivienda, pero no su adquisición, que siempre suele resultar más difícil que lo primero.

cuenta que, debido a la debilidad probatoria de la demanda, el Tribunal Constitucional negó el amparo a la recurrente.

En términos generales, el derecho a la vivienda pretende dar satisfacción a la necesidad que tienen todas las personas de contar con un lugar digno para vivir. Tener una vivienda es desde los tiempos antiguos una condición necesaria para la supervivencia y para llevar una vida segura, autónoma e independiente.¹⁶² No solamente se trata de un derecho cuyo fin sea que cada persona pueda tener un lugar “para estar” o para dormir, sino que el derecho a la vivienda es una condición esencial para que puedan realizarse otros derechos, de modo que cuando no se cuenta con una vivienda los demás derechos pueden sufrir una grave amenaza; como lo explica Gerardo Pisarello:

La pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo, que se torna difícil de buscar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental, que se encuentran en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticables en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política.¹⁶³

La falta de vivienda es un problema serio para muchas personas en nuestro tiempo. Hay aproximadamente unos cien millones de personas que no tienen, en absoluto, ningún tipo de vivienda en donde habitar: son los llamados “sin techo”, de los cuales unos treinta millones son niños de la calle, que asumen como vivienda “formas miserables de cobijo: tugurios, viejos autobuses, aceras, andenes de estación, calles y terraplenes de carreteras, sótanos, escaleras, tejados, cajas de ascensores, jaulas, láminas de plástico, cajas de cartón o refugios de aluminio y lata”.¹⁶⁴ Además, hay que considerar que cerca de mil millones de personas no tiene satisfecho su derecho a una vivienda digna, porque viven en lugares inseguros, precarios, sujetos a desalojos o como refugiados.

Pese a la importancia del problema de la vivienda, desde el campo de lo jurídico han sido muy escasas las reflexiones que se han hecho. En buena medida, el tema ha sido abordado por los especialistas en derecho administrativo, que lo enfocan desde la óptica del derecho urbanístico y hacen referencia a los planes de uso de suelo, a la distribución de competencias entre los niveles de gobierno y al régimen administrativo y contractual de la industria de la construc-

¹⁶² Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., p. 25.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 31.

ción. Son todavía excepcionales los trabajos que traten el derecho a la vivienda como derecho fundamental. Tiene razón Pisarello cuando apunta que desde el punto de vista jurídico, “el tono dominante de las reflexiones sobre el derecho a la vivienda como derecho humano ha sido a menudo el de la resignación... el derecho a la vivienda aparece con frecuencia desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas, con escasa relevancia jurídica”.¹⁶⁵

1. *Vivienda digna y decorosa*

Sea como sea, lo cierto es que la Constitución otorga el derecho a disfrutar de una vivienda, pero no cualquier vivienda, sino una que sea “digna y decorosa”. La dignidad y el decoro de una vivienda no son cualidades fáciles de evaluar, pero seguramente tienen que ver con la posibilidad de que las personas puedan desarrollar, dentro de ellas, su autonomía moral y encuentren un mínimo de satisfacción de sus planes de vida.

Desde esta perspectiva, creo que un primer parámetro para evaluar cuándo una vivienda es digna y decorosa tendría que ver con la extensión de la misma en relación con sus habitantes: vivienda digna y decorosa, en esta tesitura, no sería lo mismo que vivienda hacinada y sin espacio que asegure una mínima comodidad e intimidad. Un segundo dato que nos permitiría evaluar si una vivienda cumple o no con las características que le asigna el texto constitucional se puede encontrar en el acceso y dotación de servicios que tenga: acceso a agua potable, electricidad, drenaje, etcétera.

En la Estrategia Mundial de la Vivienda preparada por la ONU, la “vivienda adecuada” se define como “un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Desde una perspectiva más general, la evaluación del grado de satisfacción que existe del derecho a la vivienda puede realizarse tomando en cuenta la posibilidad real de convertirse en propietario de la vivienda que habitan las personas y las políticas públicas que tienen las administraciones con respecto a la vivienda. Además, del derecho a la vivienda se desprende también un derecho a no ser desposeído arbitrariamente de ella, de modo que algunos derechos de rango inferior tendrán que ceder o acomodarse a este derecho fundamental; en relación con este tema, ver *infra* lo que se dirá sobre el tema de los desalojos forzosos.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

2. Efectos normativos del derecho a la vivienda

La Constitución despliega sus efectos normativos de carácter positivo, por lo que hace al derecho a la vivienda, en dos diferentes sentidos. En primer término, supone un mandato al legislador para que desarrolle la legislación necesaria para hacer realidad ese derecho; en segundo lugar, supone un mandato hacia las administraciones públicas de todos los niveles de gobierno a fin de que se implementen políticas públicas de fomento a la vivienda, de otorgamiento de créditos, de regulación de uso de suelo habitacional a costos accesibles, etcétera. Hay que subrayar que las disposiciones constitucionales vinculan a todas las autoridades, no solamente a las federales, de modo que lo dicho aplica también para los poderes legislativos y ejecutivos locales, así como —dentro de su esfera de su competencia— a los municipios.

El relator especial de la ONU sobre el derecho a la vivienda ha señalado que los Estados tienen al menos tres deberes generales en esta materia:¹⁶⁶

1. El deber de procurar por cualquier medio posible, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad.
2. El deber de facilitar a quien carezca de hogar, tenga una vivienda inadecuada o se encuentre incapacitado en general para ejercer los derechos vinculados a recursos habitacionales, la interposición de reclamos y demandas.
3. El deber de adoptar, en un tiempo razonablemente breve, medidas que al menos indiquen el reconocimiento político y normativo de los elementos constitutivos del derecho a la vivienda.

Desde un punto de vista negativo, es obvio que tanto las autoridades como los particulares están obligados a no interferir en el disfrute de la vivienda y en general a no impedir su satisfacción por las demás personas.

Tomando en consideración las obligaciones positivas y negativas, se puede decir que el derecho a la vivienda asegura tanto el disfrute de la vivienda que ya se tiene, como la necesidad de que las autoridades tomen todas las medidas a su alcance para que quienes no la tengan, accedan a ella.

A partir de las obligaciones positivas (y a reserva de las que más adelante se precisarán como obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos) las autoridades deben construir un entorno urbano que permita disfrutar de la vivienda y contar con los servicios mínimos indispensables para

¹⁶⁶ Citado por Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., p. 116.

que sea habitable. Es decir, el derecho a la vivienda no se agota con el disfrute de la persona “hacia dentro” de su vivienda, sino que requiere de un ambiente “externo” que también sea adecuado. En este sentido se habla de un derecho “al entorno urbano” o “derecho a la ciudad”.¹⁶⁷

Aparte de la contenida en el artículo 4o. que ya se ha citado, otra referencia a la vivienda dentro del texto de la Constitución se encuentra en el artículo 123, apartado A, fracción XII y en el apartado B, fracción XI, inciso F. En la primera de esas disposiciones se establece que

Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas hagan a un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos a favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones

Se considera de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del gobierno federal, de los trabajadores y de los patrones, que administre los recursos del fondo nacional de la vivienda. Dicha ley regulará las formas y procedimientos conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones antes mencionadas.

Por lo que se refiere a la vivienda de los pueblos y comunidades indígenas, el artículo 2o. apartado B de la Constitución dispone, en su fracción IV, que es obligación de las autoridades federales, locales y municipales: “Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, *mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda*, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos” (cursivas añadidas).

En materia de derecho a la vivienda es muy importante prever mecanismos para dotar de transparencia a las acciones de los poderes públicos con el fin de evitar un funcionamiento corrupto de los mecanismos necesarios para acceder a una vivienda construida con financiamiento público.

En este terreno la corrupción se puede dar al no respetar la igualdad de todos los ciudadanos (de toda familia, habría que decir, junto con el texto de la Constitución), o por lo menos de los más necesitados, para acceder a las viviendas o a los créditos con el fin de comprarlas o construirlas. Pero también se puede dar al momento de asignar recursos a empresas privadas para que sean ellas las que construyan las viviendas con fondos públicos.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 84.

Desde luego, es legítimo que el derecho a la vivienda sea satisfecho por empresas privadas, que sean ellas las que construyan las viviendas, pero eso no releva al Estado de la obligación de asegurar y hacer respetar el principio de igualdad en materia de derechos sociales, como lo establece el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Incluso, a partir del entendimiento del principio de igualdad desde un punto de vista sustancial, el Estado está obligado a tomar medidas positivas para atender preferentemente a los grupos más necesitados, los cuales deben gozar de una “consideración prioritaria” dentro de las políticas públicas referidas a la satisfacción del derecho a la vivienda.¹⁶⁸

En buena medida los efectos normativos del derecho a la vivienda se pueden desprender de la regulación que hacen diversos instrumentos internacionales sobre el tema, asunto al que se dedica el siguiente apartado.

A. El derecho a la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vivienda está previsto en varios instrumentos relevantes, tanto de carácter general como sectorial. Entre los primeros puede mencionarse el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido objeto de dos interesantes observaciones generales a las que nos referiremos más adelante; en dicho precepto se establece que

Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en la ciudad de Niza en diciembre de 2000 se establece que “La Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficien-

¹⁶⁸ En este sentido, el Comentario General núm. 4 del Comité sobre los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit. , pp. 503 y ss. Sobre el contenido de este Comentario General nos detendremos más adelante.

tes, según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

De entre los instrumentos sectoriales del derecho internacional de los derechos humanos que hacen referencia al derecho a la vivienda puede citarse la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que dispone en su artículo 14 párrafo 2 que

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a... h) gozar de las condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de *la vivienda*, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 27 párrafo 3 que

Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y *la vivienda*.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, dispone en su artículo 21 lo siguiente:

En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados contratantes concederán a los refugiados que se encuentre legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

Por último, se puede mencionar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (de 1990), cuyo artículo 43, párrafo 1, establece que “Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación a... d) el *acceso a la vivienda*, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”.

Con respecto al derecho a la vivienda, también se deben de tomar en cuenta los instrumentos generales que integran el llamado *soft-law* dentro del derecho

internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, es muy útil aplicar el esquema general de obligaciones que para los Estados derivan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expuesto el Comité respectivo en su Observación General número 3, a la que ya nos hemos referido.¹⁶⁹

De acuerdo con esa Observación, los Estados deben, entre otras cosas, generar una serie de indicadores que permitan: *a)* conocer la situación en la que se encuentra un determinado derecho, y *b)* evaluar si las medidas tomadas son o no adecuadas para su satisfacción. Pues bien, en el caso del derecho a la vivienda los indicadores son muy importantes, ya que su desarrollo “puede desempeñar un papel fundamental para que ciertas acciones u omisiones estatales que menoscaban derechos habitacionales no queden impunes y sean consideradas como auténticas vulneraciones jurídicas de las necesidades en juego”.¹⁷⁰ ¿Qué indicadores podrían sernos de utilidad para conocer la situación del derecho a la vivienda en un país? Por ejemplo los siguientes:¹⁷¹

- Gasto público en vivienda como parte del presupuesto general.
- Porcentaje de viviendas de protección oficial.
- Porcentaje de viviendas en régimen especial de alquiler, en régimen de alquiler privado y en régimen de propiedad.
- Número total de personas sin techo.
- Número total de viviendas desocupadas.
- Número total de albergues y centros de alojamiento públicos para personas sin hogar.
- Facilidad de acceso a recursos administrativos y judiciales en materia habitacional.
- Presencia de fenómenos de discriminación en el acceso a la vivienda.
- Gasto en vivienda de la población en relación con su ingreso.
- Porcentaje de personas con problemas de seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda.
- Porcentaje de viviendas sin agua potable, electrificación y alcantarillado.

¹⁶⁹ La aplicación de ese esquema al derecho a la vivienda puede verse en Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp. 115 y ss.

¹⁷⁰ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., p. 109.

¹⁷¹ Sigo en lo general la exposición de Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp. 111 y 112.

El derecho a la vivienda figura también en diversos textos constitucionales de otros países. Por ejemplo, la Constitución colombiana establece en su artículo 51 que “Todos los colombianos tiene derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas”.

La Constitución de Venezuela de 1999 dispone en su artículo 82 que

Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un habitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estados en todos sus ámbitos.

La Constitución de Costa Rica contiene una regulación igual de escueta que la mexicana; su artículo 65 establece: “El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”.

La Constitución paraguaya dispone, en su artículo 100:

Todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna.

El Estado establecerá las condiciones para hacer efectivo este derecho, y promoverá planes de vivienda de interés social, especialmente las destinadas a familias de escasos recursos, mediante sistemas de financiamiento adecuados.

El texto constitucional de Uruguay también contiene el derecho a la vivienda: “Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin” (artículo 45).

La Constitución de Portugal establece en su artículo 65 un amplio reconocimiento del derecho a la vivienda, en los siguientes términos:

1. Todos tendrán derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad, y que preserve la intimidad personal y familiar.
2. Corresponde al Estado para asegurar el derecho a la vivienda:
 - a) Programar y realizar una política de vivienda inserta en planes de reordenación del territorio y apoyada en planes de urbanización que garanticen la existencia de una red adecuada de transportes y de servicios colectivos.

b) Estimular y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de la población tendientes a resolver los respectivos problemas de vivienda y fomentar la autoconstrucción y la creación de cooperativas de vivienda.

c) Estimular la construcción privada, con subordinación a los intereses generales.

3. El Estado adoptará una política destinada a establecer un sistema de alquiler compatible con la renta familiar y de acceso a la propiedad de la vivienda.

4. El Estado y las entidades locales ejercerán un control efectivo del parque inmobiliario, procederán a la expropiación de los suelos urbanos que resulten necesarios y definirán el respectivo derecho de utilización.

El primer párrafo del artículo 47 de la Constitución española de 1978 señala que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

De los textos que se acaban de citar pueden desprenderse al menos dos cuestiones interesantes: la primera es que el derecho a la vivienda se le otorga, en los países citados, a todas las personas y no a “la familia” (o al menos no solamente a la familia) como lo hace el texto mexicano; la segunda es que el derecho a la vivienda es un derecho de configuración legal, es decir, un derecho que deberá ser regulado con detalle por el legislador.¹⁷² Pero dicha intermediación legislativa no priva de efectos normativos a lo previsto por la Constitución; en otras palabras, la inactividad del legislador (o una actividad no protectora) no deja sin sentido el mandato constitucional, el cual sigue manteniendo sus efectos, o al menos algunos de ellos, en virtud de un “contenido esencial” que no puede ser vulnerado por el legislador, ni por vía de acción ni por vía de omisión.

De la regulación contenida en la Constitución portuguesa conviene destacar varios aspectos, que son centrales para el entendimiento del derecho a la vivienda. En primer lugar, es interesante el hecho de que el artículo 65 transcrito señala características y fines de la vivienda, al establecer que deberá tener una dimensión adecuada, a fin de permitir la higiene y la comodidad, así como la intimidad personal y familiar. Además, el texto portugués señala claramente una serie de tareas positivas a cargo del Estado en relación con el derecho a la vivienda. Por ejemplo, la necesidad de contar con planes de ordenación territorial y de desarrollo urbano o la de realizar expropiaciones para contar con suelo

¹⁷² Sobre la forma en que se proyecta el derecho constitucional a la vivienda sobre la ordenación legislativa del derecho urbanístico, ver Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp.141 y ss.

urbano necesario en la edificación de nuevas viviendas. También acierta el texto del artículo 65 cuando señala la obligación del Estado para proteger el régimen de las viviendas en alquiler; a veces se tiende a pensar que el derecho a la vivienda conlleva necesariamente el derecho de propiedad sobre la vivienda, lo cual no es siempre exacto; pueden haber muchas formas jurídicas de tenencia que satisfagan el derecho que nos ocupa. Una de ellas es justamente el alquiler, que debe ser regulado de tal forma que sea asequible para las personas y que pueda dar lugar a la adquisición en propiedad de la vivienda si fuera el caso, tal como lo señala el artículo 65 de la Constitución portuguesa.

B. El derecho a la vivienda en la Observación General número 4 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales

En su Observación General número 4, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU se ha referido al derecho a la vivienda. Su contenido es muy importante para comprender este derecho en clave normativa y no como una mera declaración retórica.

Para empezar, el Comité señala el enorme “abismo” que existe entre lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto, al que ya hemos hecho referencia, y la situación reinante en muchas regiones del mundo; acudiendo a cifras de la propia ONU destaca que en todo el mundo existen alrededor de 100 millones de personas sin hogar y otros 1,000 millones alojadas en viviendas inadecuadas (párrafo 4).

El Comité se preocupa por definir el concepto de vivienda adecuada y acude al concepto que ya se ha citado en párrafos precedentes, dado dentro de la Estrategia Mundial de Vivienda, pero agrega lo siguiente:

el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada.

¿Cómo saber si estamos o no frente a una vivienda “adecuada”? El Comité identifica siete aspectos que contribuyen a que una vivienda sea adecuada y que pueden ser aplicables a cualquier contexto, con independencia de las condiciones sociales, económicas, culturales o jurídicas del lugar en donde se deba hacer efectivo el derecho. Son los siguientes:

a) Seguridad jurídica en la tenencia: esto quiere decir que todas las personas deben de tener un mínimo de seguridad jurídica que les garantice contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Para lograrlo, el Estado debe tomar medidas en primer término de carácter legislativo. La seguridad jurídica es necesaria para las distintas modalidades por la que se puede tener acceso a una vivienda; por ejemplo, para el alquiler, la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia, los asentamientos informales, etcétera.¹⁷³

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras: dentro de este punto se incluye la posibilidad de contar con acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) Gastos soportables: esto significa que los gastos que conlleva una vivienda no deben de ser tan altos como para impedir que se satisfagan otras necesidades básicas. Para lograr esto se pueden llegar a requerir subsidios por parte del Estado, así como una regulación que impida especulaciones sobre los alquileres o sobre el precio de la tierra.

d) Habitabilidad: se considera que una vivienda es habitable si protege a sus ocupantes del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otras amenazas para la salud; debe también garantizar la seguridad física de sus habitantes. El Comité recuerda la existencia de los Principios de Higiene de la Vivienda pre-

¹⁷³ Sobre la importancia de la seguridad jurídica en la tenencia, Gerardo Pisarello apunta lo siguiente: “Vivir sin seguridad, en un *status* incierto, supone en esencia que las personas no tienen control último sobre sus viviendas. Ello explica que las personas, grupos y familias expuestos a esa situación se muestren con frecuencia reticentes a introducir mejoras en sus hogares por miedo a que estos les sean destruidos o simplemente arrebatados como consecuencia de un desalojo. La falta de seguridad en la tenencia, en definitiva, refuerza la exclusión social y la pobreza y desalienta la participación... La seguridad jurídica en la tenencia se convierte, así, en la piedra de toque de la autotutela del derecho a una vivienda adecuada: un medio sin dudas no costoso, realista y solidario de tomarse en serio el derecho en cuestión”, Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 200 y 201.

parados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y exhorta a los Estados a que los apliquen con la mayor amplitud.

e) Asequibilidad: la asequibilidad significa que los grupos con mayor desventaja de la sociedad deben tener acceso pleno y sostenible a los recursos necesarios para conseguir una vivienda. Entre dichos grupos figuran los ancianos, los enfermos terminales, las discapacitados físicos, los enfermos mentales, las víctimas de catástrofes naturales, etcétera. Las políticas de vivienda, enfatiza el Comité, no deben destinarse a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a costa de los demás.

f) Lugar: la ubicación de la vivienda debe ser tal que permita el acceso a las opciones de empleo, a los servicios de atención a la salud, a centros de atención de niños, escuelas y demás servicios sociales. Las viviendas no deben construirse cerca de lugares contaminados o próximas a fuentes de contaminación que pongan en riesgo el derecho a la salud de sus habitantes.

g) Adecuación cultural: esto quiere decir que la forma de construir la vivienda, los materiales utilizados y las políticas públicas que se desarrollen deben permitir la expresión de la identidad cultural de sus habitantes, que puede variar de forma importante dentro de un mismo país, e incluso dentro de una misma ciudad.

Por último, el Comité recomienda la adecuación del sistema jurídico para permitir que, de alguna forma, el derecho a la vivienda sea justiciable, es decir, que quienes vean de cierta manera afectado ese derecho puedan acudir ante los tribunales para presentar una reclamación.

Entre las medidas a tomar por los Estados para hacer justiciable el derecho a la vivienda, el Comité recomienda las siguientes:

- Apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales.
- Procedimientos jurídicos que busquen obtener una indemnización luego de un desahucio ilegal.
- Reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda.
- Denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda.
- Reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.
- Acciones populares frente a situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar.

Lo anterior, además de servir para precisar los alcances del derecho a la vivienda *como derecho fundamental*, no como un enunciado puramente retórico dentro de la Constitución, sirve para poner en claro las posibilidades que ofrece el derecho internacional de los derechos humanos al momento de intentar hacer operativos los derechos sociales.

A la luz de lo que se acaba de decir, podemos concluir que el derecho a la vivienda no es simplemente una declaración que figura en el artículo 4o. constitucional como un añadido decorativo o un signo de las buenas intenciones de los gobernantes mexicanos, sino que en dicho precepto anidan posibilidades normativas de la mayor importancia, derivadas del propio texto constitucional y apoyadas por la normatividad internacional y por la interpretación de la misma a la que hemos hecho referencia.

3. Los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda

Un fenómeno que ha sido y, por desgracia, sigue siendo recurrente en México y en varios países de América Latina es el de los desalojos forzosos, que en no pocas ocasiones violan el derecho a la vivienda. Justamente por su gravedad y por su incidencia negativa en el disfrute de varios derechos fundamentales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU emitió su Observación General número 7, donde se precisan algunas cuestiones de la mayor importancia sobre el tema y que, en consecuencia, es necesario analizar.¹⁷⁴

Una primera cuestión que se propone el Comité es definir el término “desalojos forzosos”; según el Comité, por tales debe entenderse “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”.

El Comité distingue entre los desalojos forzosos y los desalojos llevados a cabo legalmente, y precisa que “la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos”.

Para que quede más claro lo que le preocupa, el Comité da ejemplos de desalojos forzosos al señalar que pueden derivarse de conflictos armados internacionales, de disensiones internas y de violencia comunitaria o étnica. Otros casos se producen en nombre del desarrollo, y acontecen en el marco de conflictos sobre derechos de tierra o proyectos de infraestructura, como sucede cuando se construye una presa u otros proyectos energéticos en gran escala.

¹⁷⁴ Su texto en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 538-545.

Los Estados partes deben adoptar una legislación que prohíba los desalojos forzosos; dicha legislación, dice el Comité, debería comprender medidas que *a)* brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, *b)* se ajusten al Pacto, y *c)* regulen estrictamente las circunstancias en que se pueden llevar a cabo los desalojos, tanto los que lleva a cabo el propio Estado como los que pudieran realizar los particulares o agencias privadas.

Los desalojos forzosos, señala el Comité, afectan en mayor medida a los grupos vulnerables, como las mujeres, los niños, los ancianos, los pueblos indígenas y las minorías étnicas. Es importante, en este contexto, que los Estados partes vigilen que cualquier desalojo forzoso no encubra un fenómeno de discriminación.

Antes de permitir un desalojo forzoso, todo Estado parte debe velar por que se estudien, en consulta con los interesados, las medidas alternativas que permitan evitarlo o, por lo menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza.

Para que los desalojos sean legales, el Comité señala que los Estados deben prever una serie de garantías procesales, entre las que se encuentran las siguientes: *a)* una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; *b)* un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; *c)* facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a los que se destinan las tierras o las viviendas desalojadas; *d)* la presencia de funcionarios del gobierno o de sus representantes en el desalojo, especialmente cuando se afecte a grupos de personas; *e)* identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; *f)* no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; *g)* ofrecer recursos jurídicos, y *h)* ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

En caso en que el desalojo sea inevitable, el Comité establece que el Estado deberá velar por que las personas afectadas no se queden sin vivienda, ni expuestas a otras violaciones de sus derechos. Para ello, el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según sea el caso.

Como puede apreciarse, el tema de los desalojos forzosos es uno de los más delicados en relación con el derecho a la vivienda. En virtud de que casi siempre afecta a los grupos más vulnerables, deben tenerse en cuenta todas las garantías que se han mencionado para poder realizarlos. De su cumplimiento deben estar especialmente atentas las organizaciones protectoras de derechos

humanos, los órganos públicos encargados de proteger esos derechos (los *ombudsman*) y, antes incluso, la propia administración pública y los jueces.

4. *Algunos datos sobre la vivienda en México*

En México se ha calculado, mediante comparaciones internacionales y modelando diversos supuestos, que la demanda anual de vivienda en el sector urbano se ubica entre las 700,000 y las 800,000 unidades; frente a esta demanda, la oferta formal alcanza apenas las 250,000 unidades. Es decir, tenemos un déficit crónico en el nivel de satisfacción del derecho a la vivienda y la brecha entre necesidades y satisfacciones se está agrandando de forma importante. Y no solamente desde el punto de vista numérico; desde el punto de vista de la calidad, no es difícil comprobar que por la falta de planeación urbana y por la gran cantidad de población hoy en día las viviendas construidas están en peores condiciones que las que se hacían hace unos años. Son más pequeñas, están más alejadas de las vías de comunicación y, en general, son menos “decorosas” de lo que sería recomendable.

Además, en las grandes ciudades el precio de la vivienda ha llegado a niveles verdaderamente inaccesibles para la mayor parte de la población, como resultado de los intereses especulativos, de la fuerte demanda y de la falta de programas de protección oficial a las viviendas y de racionalización del uso de suelo. El suelo de las ciudades y la posibilidad de edificar están en manos de especuladores que se han enriquecido a la vista de todos, sin que las diferentes administraciones públicas competentes hayan hecho nada para evitarlo.

Aparte de lo anterior, quizá también sea interesante aportar algunas estadísticas sobre el número de viviendas, la dotación de servicios con que cuentan y el número de ocupantes. Con los datos que figuran en los cuadros 5.1, 5.2 y 5.3 podremos contar con una radiografía lo más precisa posible para saber si en México en verdad tenemos viviendas “dignas y decorosas”, es decir, sabremos si se viola o se respeta el mandato del artículo 4o. constitucional.

Cuadro 5.1. Viviendas particulares habitadas y ocupantes por material predominante en pisos, paredes y techos (1990 y 2000)¹⁷⁵

<i>Material predominante</i>	1990 ^a		2000 ^b	
	<i>Viviendas particulares habitadas</i>	<i>Ocupantes</i>	<i>Viviendas particulares habitadas</i>	<i>Ocupantes</i>
Total	16 035 233	80 433 824	21 513 235	95 373 479
Pisos				
Tierra	3 119 917	16 741 528	2 844 601	14 017 970
Cemento o firme	8 542 194	43 577 363	11 866 194	53 536 597
Madera, mosaico u otros recubrimientos	4 282 482	19 704 280	6 676 844	27 230 646
No especificado	90 640	410 653	125 596	588 266
Paredes				
Materiales ligeros, naturales y precarios ^c	4 662 805	24 233 799	4 429 632	20 666 895
Materiales sólidos ^d	11 148 978	55 122 856	16 968 348	74 160 536
Otros materiales	139 594	696 459	NA	NA
No especificado	83 856	380 710	115 255	546 048
Techos				
Materiales ligeros, naturales y precarios ^e	7 321 917	37 953 296	7 649 941	35 350 164
Materiales sólidos ^f	8 244 841	40 166 122	13 737 973	59 435 778
Otros materiales	375 476	1 889 568	NA	NA
No especificado	92 999	424 838	125 321	587 537

NOTA: El total de viviendas particulares habitadas excluye los refugios y sus ocupantes, debido a que no se capturaron características en esta clase de vivienda.

^a Excluye 136 341 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 409 023 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 12 de marzo.

^b Excluye 425 724 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 1 730 016 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 14 de febrero.

^c Comprende: lámina de cartón; lámina de asbesto y metálica; carrizo, bambú y palma; embarro y bajareque; madera y adobe; y para 2000, además, material de desecho.

^d Comprende: tabique, ladrillo, block, piedra y cemento; y para 2000, además, cantera y concreto.

^e Comprende: lámina de asbesto, y metálica, lámina de cartón, palma, tejamanil, madera y teja; y para 2000, además, material de desecho.

^f Comprende: losa de concreto, tabique y ladrillo; para 2000, además, terrado con viguería.

¹⁷⁵ Los cuadros siguientes fueron tomados de *Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos, 2002*, México, INEGI, 2003, p. 68, cuya fuente fue: Para 1990: INEGI, *Estados Unidos Mexicanos. XI Censo General de Población y Vivienda, 1990. Resumen General*, Aguascalientes, 1992. Para 2000: INEGI, *Estados Unidos Mexicanos. XII Censo General de Población y Vivienda, 2000. Tabulados básicos, Tomo III*, Aguascalientes, 2001.

Cuadro 5.2. Viviendas particulares habitadas y ocupantes
por disponibilidad de servicios
1990 y 2000

<i>Servicios</i>	<i>Viviendas particulares habitadas</i>	<i>Ocupantes</i>
1990 ^a	16 035 233	80 433 824
Drenaje		
Disponen	10 202 934	49 454 701
Conectado al de la calle	8 362 838	40 262 432
Conectado a fosa séptica	1 402 525	6 897 617
Con desagüe al suelo, a un río o lago	437 571	2 294 652
No disponen	5 544 451	29 517 784
No especificado	287 848	1 461 339
Agua entubada		
Disponen	12 729 987	63 055 542
Dentro de la vivienda	8 072 518	38 904 669
Fuera de la vivienda pero dentro del terreno	4 186 307	21 704 389
De llave pública o hidrante	471 162	2 446 484
No disponen	3 173 348	16 734 373
No especificado	131 898	643 909
Energía eléctrica		
Disponen	14 033 451	69 983 666
No disponen	2 001 439	10 448 481
No especificado	343	1 677
2000 ^b	21 513 235	95 373 479
Drenaje		
Disponen	16 800 934	72 654 381
Conectado a la red pública	13 666 180	58 606 370
Conectado a fosa séptica	2 460 620	10 859 128
Con desagüe a barranca o grieta	401 393	1 913 573
Con desagüe a río, lago y mar	272 741	1 275 310
No disponen	4 592 550	22 137 266
No especificado	119 751	581 832
Agua entubada		
Disponen en el ámbito de la vivienda	18 139 843	79 468 826
Dentro de la vivienda	12 427 656	52 999 114

Fuera de la vivienda pero dentro del terreno	5 712 187	26 469 712
Disponen por acarreo	955 613	4 299 976
De llave pública de hidrante	567 616	2 672 332
De otra vivienda	387 997	1 627 644
No disponen	2 201 383	10 592 002
Usan agua de pipa	350 210	1 599 706
Usan agua de pozo, río, lago, arroyo y otra	1 851 173	8 992 296
No especificado	216 396	1 012 675
Energía eléctrica		
Disponen	20 445 525	90 415 309
No disponen	988 804	4 551 008
No especificado	78 906	407 162

NOTA: El total de viviendas particulares habitadas excluye los refugios y sus ocupantes debido a que no se capturaron características en esta clase de vivienda.

^a Excluye 136 341 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 409 023 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 12 de marzo.

^b Excluye 425 724 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 1 730 016 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 14 de febrero.

Cuadro 5.3. Viviendas particulares habitadas por número de ocupantes (1990 y 2000)

<i>Número de ocupantes</i>	<i>1990^a</i>	<i>2000^b</i>
Total	16 035 233	21 513 235
1 ocupante	756 122	1 288 935
2 ocupantes	1 613 852	2 639 774
3 ocupantes	2 273 356	3 706 832
4 ocupantes	2 891 718	4 682 744
5 ocupantes	2 270 743	3 817 204
6 ocupantes	2 019 766	2 335 642
7 ocupantes	1 374 917	1 224 623
8 ocupantes	916 160	738 801
9 y más ocupantes	1 468 599	1 078 680

NOTA: El total de viviendas particulares habitadas excluye los refugios, debido a que no se capturaron características en esta clase de vivienda.

^a Excluye 136 341 “Viviendas sin información de ocupantes”. Cifras al 12 de marzo.

^b Excluye 425 724 “Viviendas sin información de ocupantes”. Cifras al 14 de febrero.

VI. DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFOS SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO)

Los derechos de los menores han sido incorporados recientemente a los textos constitucionales. Tradicionalmente, el tema de los menores de edad —en general, no solamente respecto a sus derechos fundamentales— se ubicaba en el terreno del derecho privado, ya que su regulación estaba incluida en las disposiciones del derecho civil. De hecho, aunque en términos generales la legislación sobre menores comenzó a surgir a principios del siglo XX, no es sino hasta hace pocos años cuando el tema alcanzó rango constitucional.

La regulación de los menores y de sus derechos por el ordenamiento jurídico tiene que ver con dos importantes procesos que han marcado el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo: por un lado, el proceso por medio del cual se han ido *constitucionalizando* cada vez más parcelas de la vida humana, en la medida en que los textos constitucionales han dejado de contener simplemente la regulación de los poderes públicos;¹⁷⁶ por otro lado, el proceso de especificación de los derechos, gracias al cual los textos constitucionales ya no consideran a los sujetos de los derechos en forma abstracta (la persona o el ciudadano, por ejemplo) sino que toman en cuenta los distintos roles o características que las personas asumen o desarrollan en su vida, a fin de lograr una mejor protección.

En términos históricos puede decirse que los derechos de los menores comienzan a ser reconocidos cuando la infancia como categoría adquiere importancia; no es sino hasta bien entrado el siglo XVII cuando surge el concepto de infancia tal como se lo entiende hoy en día. Antes de eso la infancia no existía, de forma que las personas pasaban de una etapa de estricta dependencia física al mundo de los adultos.¹⁷⁷

El descubrimiento del concepto de niñez y la tutela de los derechos de los menores están animados por una mezcla de vergüenza y necesidad de orden.

¹⁷⁶ Se trata, como lo ha explicado Riccardo Guastini, de una de las consecuencias de la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, bajo la cual la Constitución no se limita sólo a regular las relaciones políticas, sino que entra también a regular las relaciones sociales; al respecto, Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49 y ss. Ver también *supra* capítulo primero.

¹⁷⁷ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999, p. 38. El libro clásico sobre la concepción de la infancia (en el que se explica la “invención” del concepto de infancia) es el de Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001 (la edición original francesa es de 1973).

Por un lado, la vergüenza de saber las condiciones en que los menores eran tratados, particularmente en el ámbito de la represión penal; por otro lado, la necesidad de poner orden en la organización social, de forma que la niñez se pudiera prolongar a través de la escuela, que junto con la familia era la institución encargada de mantener la separación entre el mundo de los menores y el de los adultos.¹⁷⁸

Si es verdad que los derechos son, en palabras de Ferrajoli, las “leyes del más débil”, el sujeto por naturaleza de tales derechos deben ser los niños, en tanto que son los miembros de la comunidad que se encuentran en una situación de extraordinaria debilidad y necesitan una serie de cuidados y protecciones adicionales a las que tienen los adultos. Los derechos de los niños se concretan en diversos contenidos constitucionales: educación, salud, prohibición de trabajo a ciertas edades, creación de procedimientos judiciales y de sanciones específicas para los menores, etcétera.

Para la teoría de los derechos fundamentales, la protección de los menores supone antes que nada volver al tema de los sujetos de dichos derechos, entendiendo por sujetos justamente los titulares de los derechos y no solamente los destinatarios de su protección. Esto es muy relevante ya que, como es obvio, el menor de edad es ante todo persona y, como tal, portador de la misma dignidad humana que los mayores de edad y titular de los derechos que para todos establece la Constitución.¹⁷⁹

Con respecto a la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los menores hay que considerar los siguientes puntos:

1. En primer lugar, la mayoría de los derechos que establece la Constitución mexicana protegen a “toda persona” o a “todo individuo”; en estos casos, sobra decir que los menores son también titulares de estos derechos en tanto que son personas. Como señala Aláez,¹⁸⁰

Si el *objeto* de los derechos fundamentales hace referencia al ámbito de libertad que trata de garantizar el tratamiento normativo en que aquéllos consisten, no se puede negar que éste es el mismo durante la minoría y la mayoría de edad del individuo, y lo único que varía son las circunstancias personales en las que éste se encuentra. Por ello, el derecho a la vida y la integridad física, la libertad ideológica y de conciencia, la libertad personal, la intimidad y la propia imagen, la liber-

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷⁹ Al respecto, Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 21 y 22.

¹⁸⁰ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 173 y 174.

tad de reunión y manifestación, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y creación artística, la libertad de asociación, la tutela judicial efectiva, o la educación, por citar algunos de ellos, constituyen los ámbitos de libertad a través de los cuales el individuo se autodetermina y se autorrepresenta.

2. En segundo lugar, el artículo 1o. constitucional en su párrafo tercero establece la prohibición de discriminar por razón de edad, lo cual nos hace suponer que la no asignación de un derecho fundamental a una persona por el hecho de ser menor de edad es algo que solamente la Constitución puede hacer y que si lo hiciera el legislador sería inconstitucional.
3. Hay algunas referencias a la edad en varias partes de la Constitución; así por ejemplo, en el artículo 34 se establece la edad a partir de la cual se adquiere la “ciudadanía” (18 años); el ser ciudadano es un requisito para ejercer los derechos de carácter político-electoral, como el derecho de sufragio activo (artículo 35 fracción I constitucional). También el artículo 123 de la carta magna hace referencia a la edad, al señalar en la fracción III de su apartado que “Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas”. Como se puede ver, la Constitución establece ciertos límites por razón de edad para ser titular de los correspondientes derechos.
4. En otras disposiciones constitucionales la edad figura como un requisito para desempeñar algunos puestos públicos; así, por ejemplo, ser diputado requiere haber cumplido 21 años (artículo 55 fracción II constitucional), ser senador requiere haber cumplido 25 años (artículo 58), ser presidente de la República requiere tener 35 años (artículo 82 fracción II), que es la misma edad que la Constitución exige para ser ministro de la Suprema Corte (artículo 95 fracción II).
5. Hay algunos derechos que aunque no están circunscritos exclusivamente a los menores, se dirigen a ellos de forma primordial; tal es el caso del derecho a la educación, con todas las especificaciones que marca el artículo 3o. constitucional y el correspondiente deber de completar la educación preescolar, primaria y secundaria que impone el mismo precepto y que repite el artículo 31 de la propia Constitución.
6. En orden a que, como se verá en seguida, la Constitución establece un sistema mixto de protección de los menores, la legislación ordinaria puede, en algunos casos, restringir no la titularidad, pero sí la capacidad de ejercicio que el menor tiene respecto a sus derechos fundamentales, de forma que en ciertos supuestos esos derechos sean ejercidos en nombre y representación del menor por otros sujetos.

En síntesis, podemos decir que la regla general es que siempre que el texto constitucional atribuya un derecho a todas las personas, debemos entender que la titularidad del mismo corresponde también a los menores, sin distinción alguna. Por excepción, el propio texto constitucional puede imponer como requisito para ser titular de un derecho el alcanzar cierta edad (es el caso de los ya mencionados derecho al trabajo o derecho de sufragio). En otros casos, la edad puede configurarse como un requisito para desempeñar ciertos cargos y en este sentido puede ser un factor de diferenciación entre dos o más personas. Finalmente, la titularidad de un derecho por parte del menor no asegura de forma automática su ejercicio directo por el mismo menor, ya que la capacidad de goce del derecho (su titularidad) no equivale a su capacidad de ejercicio (traducible, por ejemplo, en la posibilidad de plantear ante los tribunales una acción para reparar la violación de un derecho).

En México, los últimos párrafos del artículo 4o. constitucional, del sexto al octavo, contienen diversas disposiciones sobre el régimen constitucional de los menores. En ellos se establecen diversas obligaciones para los padres y el Estado, en orden a garantizar la satisfacción de las necesidades, la salud física y moral, la educación, el sano esparcimiento, etcétera, de las niñas y los niños. Su texto es el siguiente:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Estos últimos tres párrafos del artículo 4o., en su redacción actual, son producto de una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de abril de 2000.

Como se puede apreciar con su simple lectura, el sexto párrafo establece una serie de derechos para “los niños y las niñas”: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Varios de estos derechos ya estaban previstos en el propio artículo 4o. (como la salud) o en otros artículos constitucionales (en el artículo 3o. la educación) en cuanto derechos asignados a todas las personas, por lo que este párrafo parece agregar más bien poco, aunque precisa el objeto y la finalidad de dichos derechos: el desarrollo integral de los menores, concepto que como luego veremos se concreta en un con-

junto de disposiciones legislativas destinadas a su consecución tanto en el ámbito laboral, como en el educativo y familiar.

La obligación correspondiente a lo dispuesto por ese párrafo, según entiendo, corre *prima facie* a cargo de las instituciones públicas, las que deberán legislar e implementar políticas públicas que protejan y hagan realidad las prerrogativas mencionadas. El Poder Judicial también deberá velar, dentro del ámbito de sus competencias, por hacer realidad estos derechos; particularmente, asegurándolos en los procesos jurisdiccionales en que aquéllos sean parte o en los que les reporten algún posible perjuicio. Esto sería lo natural tratándose de un derecho fundamental, pero el párrafo que sigue parece desmentir que la obligación en este punto la tenga en exclusiva el Estado.

En efecto, el párrafo siguiente —séptimo— señala como obligados a “preservar” esos derechos a los ascendientes, tutores y custodios; para propiciar lo anterior el Estado proveerá lo necesario para el ejercicio pleno de los derechos de los niños y para el respeto de su dignidad. Es decir, la obligación la tienen en primer lugar los ascendientes, tutores y custodios y de forma subsidiaria el Estado. A la misma conclusión llega Benito Aláez respecto al sistema constitucional español cuando señala que

Los padres son los destinatarios, en primer término, de las obligaciones y facultades legales, a través de los cuales se garantiza el correcto desarrollo del proceso evolutivo del menor... y al Estado sólo le corresponde una función supervisora y aseguradora de que los padres o, en su defecto, las instituciones tutelares cumplan adecuadamente aquella función constitucional.¹⁸¹

El último párrafo del artículo 4o. aparentemente se encarga de repetir lo que ya se dijo en el anterior: que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que “coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”. Extraña un poco que este párrafo le asigne a los particulares tal “coadyuvancia”, pues en el párrafo anterior les había impuesto no ese papel, sino el de los directamente obligados, pues particulares y no otra cosa son los padres, tutores y custodios. Quizá de lo que se trate con este párrafo es de poner de manifiesto la responsabilidad colectiva que tenemos todos como sociedad en el cuidado de la niñez y en el aseguramiento de sus derechos.

El hecho de que los sujetos de las obligaciones que contienen los párrafos mencionados sean múltiples (la Constitución menciona al Estado, a los ascendientes, a los tutores, a los custodios y a los particulares en general) enfatiza el esfuerzo social que se debe hacer para preservar los derechos de los menores.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 68.

Esta parte del artículo 4o. debe leerse conjuntamente con la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991),¹⁸² que han firmado y ratificado más de 190 Estados del planeta y a la que más adelante nos referiremos con algún detenimiento.

Aparte de lo señalado en el artículo 4o., en la Constitución hay otras normas destinadas a la protección de la infancia. Por ejemplo, la que recoge el derecho a la educación y hace obligatoria la educación preescolar, primaria y secundaria (artículo 3o.), o la que prohíbe el trabajo para los menores de 14 años (artículo 123, apartado A, fracción III). Sobre este último punto, el relativo a la prohibición del trabajo infantil, conviene detenerse, ya que es a través de la explotación laboral como se dan varias de las violaciones más importantes a los derechos de los menores; al análisis de este tema se dedica el siguiente apartado.

Del panorama que muy brevemente se acaba de trazar, se desprende el hecho de que los menores son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución atribuye a todas las personas; además, el propio texto constitucional prevé mecanismos y obligaciones especiales para lograr su desarrollo integral. Con esa finalidad se enlistan una serie de sujetos obligados; así, podría decirse que el menor de edad es por un lado sujeto por parte de la Constitución de una autoprotección establecida por la titularidad de los derechos y de una heteroprotección determinada por las obligaciones de los mencionados sujetos en relación con los menores.¹⁸³

Otra cuestión de orden general tiene que ver con la determinación de los sujetos a los que protegen los derechos de los menores, o en otras palabras, la determinación de quiénes son menores; en la Constitución no encontramos respuesta con toda claridad esa duda, pues aunque el texto hace varias menciones a la edad (que ya se han analizado en los párrafos precedentes), no lo establece en alguno de sus artículos.¹⁸⁴ No puede tomarse sin más como único criterio lo establecido en el artículo 34 para adquirir la ciudadanía puesto que en otros países la mayoría de edad y los derechos de ciudadanía no se alcanzan conjuntamente. Lo que está diciendo el artículo 34 es que para ser ciudadano se tiene

¹⁸² Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., pp. 119-143.

¹⁸³ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 41 y 59.

¹⁸⁴ Una de las conclusiones del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México entre el 6 y el 9 de febrero de 2001, fue la siguiente: "Establecer en el texto constitucional el límite de la minoría de edad"; todas las conclusiones del Congreso pueden verse en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, t. III, pp. 265-271.

que tener más de 18 años, pero ¿también para ser mayor de edad? ¿Podría el legislador diferenciar ambos conceptos y decir que son mayores de edad los que tengan más de 14 años?

Para resolver estas dudas (cuya respuesta tiene importantes repercusiones prácticas, por ejemplo en materia penal, como veremos más adelante), conviene acudir a los instrumentos internacionales de derechos humanos; concretamente a la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 1o. establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Lo que nos dice la Convención es que a los 18 años se alcanza la mayoría de edad como regla general, aunque la ley que le sea aplicable a una persona puede considerar otra edad anterior. Ahora bien, para que esa ley pueda determinar una edad inferior en la que se alcance la mayoría de edad (por ejemplo 14 o 16 años) el legislador tendrá que justificar la necesidad de esa medida, su proporcionalidad —ya que se trata de una medida restrictiva de derechos fundamentales— y que con ella no se violenta el objeto general de la Convención que es proteger los mejores intereses del niño.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que contamos ya con los elementos suficientes para comprender la forma en que la Constitución trata a los menores (autoprotección por un lado y heteroprotección por otro) y el criterio para determinar quiénes lo son. Sin embargo, queda un aspecto importante por mencionar. Se trata del tema, ya apuntado líneas arriba, de si el deber de cuidado que tienen los sujetos obligados por los derechos de los menores puede tener alguna repercusión no en la titularidad de los derechos fundamentales, sino en su ejercicio. La pregunta concreta sería si el legislador puede restringir la capacidad de ejercicio de los menores en relación con alguno o algunos de los derechos que les reconoce. Es evidente que una primera respuesta tiene que depender del tipo de derecho fundamental de que se trate; aquellos que solamente pueden ser ejercidos directamente por la persona no suscitan mayor discusión; tal es el caso de la libertad de conciencia, la libertad de expresión, etcétera.¹⁸⁵

El caso es distinto cuando se trata de los derechos fundamentales que pueden tener carácter patrimonial y cuando se trata de los derechos que sirven como cauces de tutela para otros derechos (es decir, el derecho de acudir ante los tribunales). Veamos cada caso.

En relación con los derechos que tienen o pueden tener bajo determinadas circunstancias contenido patrimonial (el derecho de propiedad, la capacidad

¹⁸⁵ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 126 y 127.

general de realizar actos jurídicos de carácter mercantil, el derecho a la propia imagen, etcétera) habría que atender al grado de madurez del menor; en cualquier caso, el mandato de protección reforzada impone que sus intereses sean siempre tutelados, de forma que si un menor firma un contrato de compraventa en el que sus intereses salgan claramente perjudicados, dicho contrato podría ser declarado nulo. Ahora bien, si el menor tiene la madurez suficiente para realizar ciertos actos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales, la ley no puede impedirle o prohibirle que los lleve a cabo, ni le puede exigir que lo haga a través de un representante. Aláez cita los casos de un menor que contrata un seguro médico privado, cuando decide asociarse a un club de fútbol o a una organización política, o bien cuando decide celebrar un contrato de edición.¹⁸⁶

Junto a esta posibilidad de autonomía del menor hay que considerar el deber de heteroprotección que impone el texto constitucional, de acuerdo con lo cual los menores pueden ver condicionado el ejercicio de algunos derechos al hecho de que sea realizado por medio de algún representante. En caso de duda debe tomarse en cuenta que el ejercicio de un derecho requiere la voluntad de querer y entender el acto que se está realizando.

Esto es justamente lo que sucede en materia de ejercicio de acciones procesales en las que, como regla general, los menores deben estar representados ya sea por sus familiares o bien por el Estado. En este caso el deber de heteroprotección alcanza una mayor amplitud porque lo que está en juego es justamente la protección de algún derecho del menor.¹⁸⁷ Ahora bien, también en estos casos deberá tomarse en cuenta la madurez del menor, de forma que el legislador debería de prever que el inicio de ciertos procedimientos pudiera efectuarse por el menor, así como el derecho de los menores a exponer su propia postura dentro de un proceso judicial en el que se vean afectados sus intereses (por ejemplo en un proceso del orden de lo familiar).

1. *El trabajo y la explotación infantiles*

La persistencia de la explotación infantil parece quedar acreditada con una estadística escalofriante: en todo el mundo hay 250 millones de niños trabajadores. 140 millones de niños y 110 millones de niñas. Muchos de ellos son tra-

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 132 y 133. En el capítulo tercero de este libro, dentro del apartado sobre la libertad de procreación, se mencionó una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se declaraba inconstitucional una ley por medio de la cual se obligaba a las mujeres menores de edad que quisieran someterse a una interrupción voluntaria del embarazo a recabar la autorización por escrito de sus progenitores.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 136.

bajadores domésticos y sufren diversas formas de abuso físico y psicológico. Esta pequeña humanidad desprotegida es la que conforma lo que se ha venido a llamar los “nuevos esclavos”, los esclavos de la modernidad que todavía no hemos sido capaces de proteger.

Para evitar tal explotación expertos en la materia como Emilio García Méndez han sugerido como líneas de acción las tres siguientes: a) para los menores de 12 años la erradicación completa del trabajo infantil, adoptando para ello estrategias de universalización de la educación básica y apoyo a la generación de ingreso familiar; b) para la franja de edad que va de los 12 a los 14 años es necesario promover políticas de profesionalización, “destinadas no tanto a una inserción precoz en el mercado de trabajo sino más bien a una inserción inteligente en el mismo”, y c) para los mayores de 14 años se recomienda insistir en la formación profesional y en la vigilancia y la protección legal.¹⁸⁸

En esta misma línea de pensamiento se ubica, por ejemplo, la recientemente aprobada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 30 dispone:

Está prohibido el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de unas condiciones de trabajo adaptadas a su edad y deben estar protegidos frente a la explotación económica y cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, salud o desarrollo físico, mental, moral o social, o poner en peligro su educación.

En este tema deben considerarse también dos importantes convenios de la Organización Internacional del Trabajo: el número 138 sobre la edad mínima a partir de la que se puede trabajar y el número 182 relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.¹⁸⁹

En el primero de esos convenios se establece que “Todo miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores” (artículo

¹⁸⁸ García Méndez, Emilio y Araldsen, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH, 1996, t. VI.

¹⁸⁹ Consultables en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 345-354 y 373-378, respectivamente.

1). El Convenio establece varias modalidades de edad para admisión al empleo, pero establece como regla general que no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso a quince años (artículo 2.3); para México dicha edad estaría marcada por la finalización de la educación secundaria, que es el último grado obligatorio según el artículo 3o. constitucional. Para trabajos que puedan suponer un riesgo para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, la edad de admisión será de 18 años (artículo 3o.). El Convenio admite excepciones cuando se trata de la realización de actividades formativas dentro del currículo escolar, en cuyo caso se deberá tener mínimo 14 años (artículo 6o.). También autoriza a que las autoridades competentes puedan conceder permisos individuales para que menores de edad participen en representaciones artísticas, aunque dichos permisos limitarán el número de horas del empleo y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo (artículo 8o.).¹⁹⁰

Por su parte, el Convenio 182¹⁹¹ define como niño a todo menor de 18 años (artículo 2o.). Las peores formas de trabajo infantil que pretende combatir son las siguientes: *a)* todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; *b)* la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; *c)* la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y *d)* el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (artículo 3o.).

Para evitar esas formas de explotación, los Estados parte deberán hacer lo siguiente: *a)* impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; *b)* prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; *c)* asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional, y *d)* tener en cuenta la situación particular de las niñas (artículo 7.2).

¹⁹⁰ Me parece que esta última excepción es poco conveniente, ya que en la práctica ha dado lugar a la explotación de los menores en espectáculos ambulantes, circos, grupos de teatro, eventos deportivos profesionales, etcétera, impidiendo su correcto desarrollo y desatendiendo su formación escolar obligatoria.

¹⁹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de junio de 2000.

Aparte de lo que se ha dicho y de lo que disponen los dos convenios a los que se acaba de hacer referencia, conviene realizar dos advertencias sobre el trabajo infantil y juvenil. La primera es que en ningún caso debe aceptarse que los menores desempeñen actividades peligrosas, ilícitas o inmorales, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de los Derechos del Niño. La segunda tiene que ver con un cierto discurso académico (y ya no digamos político) que pretende banalizar el terrible problema del trabajo infantil, tanto argumentando sus supuestos efectos “formativos” benéficos como descalificando a las posiciones contrarias por su “romanticismo e ingenuidad”.

Lo cierto es que hoy en día los niños son objetos de inaceptables abusos en el terreno de lo laboral; bastaría recordar los dolorosos casos de los “niños-soldados” o de las “niñas-prostitutas” para dar cuenta de la importancia del problema, pero junto a esos casos extremos hay un sinnúmero de áreas intermedias que la sociedad se ha acostumbrado a mirar con resignación y hasta con cierta simpatía.¹⁹²

No hay que olvidar que el trabajo infantil destruye al ser humano dos veces, como niño y como adulto,¹⁹³ lo cual adquiere un profundo significado y genera un gran compromiso para combatirlo de manera eficaz.

Frente a las claudicaciones del presente se tiene que insistir en la necesidad de proteger en serio a la infancia, implementando políticas públicas y activando mecanismos de presión política e incluso de tipo jurisdiccional, para hacer que los derechos de los menores sean algo más que pura retórica, animada, eso sí, de buenas, muy buenas intenciones.

2. Los menores en el derecho mexicano y en el derecho internacional

El estudio del régimen constitucional de los menores, debe completarse con dos instrumentos normativos de la mayor importancia: la ley reglamentaria del artículo 4o. en materia de menores (se trata de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000), y la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁹⁴

¹⁹² Para los detalles de esta postura, García Méndez, Emilio y Araldsen, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *cit.*

¹⁹³ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, *cit.*, p. 177.

¹⁹⁴ Las normas internacionales protectoras de los menores en el ámbito laboral ya se han estudiado en el apartado anterior.

La Ley desarrolla varios de los derechos contenidos en la Convención, creando también un mandato para las autoridades encargadas de la procuración de justicia a fin de que cuenten con personal capacitado para la efectiva observancia de los derechos recogidos en la misma Ley. La Ley distingue entre niños y adolescentes; los primeros son todas las personas que tengan hasta doce años, mientras que los segundos son todas las personas que tengan entre 12 y 18 años.

Tal como lo hace el artículo 4o. constitucional, la Ley no solamente señala obligaciones a cargo de los poderes públicos sino que también las establece para los ascendientes y tutores; así, por ejemplo, el artículo 11 de la ley dispone que

Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados. En todo caso, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas atribuciones, impulsarán la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen.

En el cumplimiento de esas obligaciones, la Ley involucra a las autoridades de todos los niveles de gobierno e incluso a los particulares que sin tener una responsabilidad directa sobre los menores guardan algún tipo de relación con ellos, como puede ser el caso de médicos, maestros, vecinos o trabajadores sociales. En este sentido el artículo 13 de la Ley señala que

A fin de garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en este capítulo, las leyes federales, del Distrito Federal y de las entidades federativas podrán disponer lo necesario para que se cumplan en todo el país:

A. Las obligaciones de ascendientes o tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo el cuidado de una niña, de un niño, o de un o una adolescente de protegerlo contra toda forma de abuso; tratarlo con respeto a su dignidad y a sus derechos; cuidarlo, atenderlo y orientarlo a fin de que conozca sus derechos, aprenda a defenderlos y a respetar los de las otras personas.

B. Para que el Estado, en los ámbitos federal, estatal y municipal pueda intervenir, con todos los medios legales necesarios, para evitar que se generen violaciones, particulares o generales del derecho de protección de niñas, niños y adolescentes. Especialmente se proveerá lo necesario para evitar que salgan del país sin que medie la autorización de sus padres, tutores o de un juez competente.

C. La obligación de familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos, o cualesquiera persona, que tengan conocimiento de casos de niñas, niños o adolescentes que estén sufriendo la violación de los derechos consignados en esta Ley, en cualquiera de sus formas, de ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente.

En las escuelas o instituciones similares, los educadores o maestros serán responsables de evitar cualquier forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso o explotación, en contra de niñas, niños o adolescentes.

La Ley llama la atención sobre el papel que pueden jugar los medios de comunicación masiva en relación con los derechos de los menores de edad; en su artículo 43 establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo previsto en la normatividad aplicable a los medios de comunicación masiva, las autoridades federales, en el ámbito de sus competencias, procurarán verificar que éstos:

A. Difundan información y materiales que sean de interés social y cultural para niñas, niños y adolescentes, de conformidad con los objetivos de la educación que dispone el artículo 3o. de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

B. Eviten la emisión de información contraria a los objetivos señalados y que sea perjudicial para su bienestar o contraria con los principios de paz, no discriminación y de respeto a todas las personas.

C. Difundan información y materiales que contribuyan a orientarlos en el ejercicio de sus derechos, les ayude a un sano desarrollo y a protegerse a sí mismos de peligros que puedan afectar a su vida o su salud.

D. Eviten la difusión o publicación de información en horarios de clasificación A, con contenidos perjudiciales para su formación, que promuevan la violencia o hagan apología del delito y la ausencia de valores.

E. Además, las autoridades vigilarán que se clasifiquen los espectáculos públicos, las películas, los programas de radio y televisión, los videos, los impresos y cualquier otra forma de comunicación o información que sea perjudicial para su bienestar o que atente contra su dignidad.

Por lo que hace a la Convención, vale la pena apuntar que es la que más países han ratificado de entre las declaraciones internacionales de derechos humanos; hasta el 16 de febrero de 2000 la habían ratificado 191 países, quedando un sólo país sin haberla ratificado ni firmado y otro que la ha firmado pero no la ha ratificado. En ella se recogen varios derechos de libertad, económicos, sociales y culturales de los niños. Vale la pena destacar que el artículo 1o. define a los “niños” como todos los individuos menores de 18 años.

La Convención ha tenido un impacto significativo en las legislaciones nacionales sobre menores, dando origen a las leyes de “segunda generación”, inspiradas por una protección integral de los menores.¹⁹⁵ La Convención tiene entre sus múltiples méritos el de haber considerado a los menores como sujetos de derechos y no como objetos de la mera compasión social, además de haber producido un efecto sensibilizador con respecto a esos derechos, tanto en el nivel de la opinión pública como en el nivel de los especialistas, que han comenzado a examinar con mayor detalle las posibilidades jurídicas de protección de los menores.¹⁹⁶

Un panorama clasificatorio del contenido de la Convención podría ser el siguiente:¹⁹⁷

A) Principios generales:

- a) La no discriminación (artículo 2o.),
- b) El interés superior del niño (artículo 3o.),
- c) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.),
- d) El respeto a la opinión del niño (artículo 12).

B) Derechos y libertades civiles:

- a) El nombre y la nacionalidad (artículo 7o.).
- b) La preservación de la identidad (artículo 8o.),
- c) La libertad de expresión (artículo 13),

¹⁹⁵ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, cit., p. 29.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

¹⁹⁷ Se toma del Folleto Informativo núm. 12 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; dicho folleto se puede consultar en internet: www.unhchr.ch.

- d) El acceso a la información pertinente (artículo 17),
 - e) La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 14),
 - f) La libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (artículo 15),
 - g) La protección de la vida privada (artículo 16),
 - h) El derecho a no ser sometido a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 37 apartado A).
- C) Entorno familiar y otro tipo de tutela:
- a) La dirección y orientación parentales (artículo 5o.),
 - b) Las responsabilidades de los padres (artículo 18 párrafos 1 y 2),
 - c) La separación de los padres (artículo 9o.),
 - d) La reunión de la familia (artículo 10),
 - e) El pago de la pensión alimenticia del niño (artículo 27 párrafo 14),
 - f) Los niños privados de un medio familiar (artículo 20),
 - g) La adopción (artículo 21),
 - h) Los traslados ilícitos y la retención ilícita (artículo 11),
 - i) Los abusos y el descuido (artículo 19), incluidas la recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 25).
- D) Salud física y bienestar:
- a) La supervivencia y el desarrollo (artículo 6o. párrafo 2),
 - b) Los niños discapacitados (artículo 23),
 - c) La salud y los servicios sanitarios (artículo 24),
 - d) La seguridad social y los servicios e instalaciones de guarda de niños (artículos 18 párrafo 3 y 26),
 - e) El nivel de vida (artículo 27 párrafos 1 a 3).
- E) Educación, esparcimiento y actividades culturales:
- a) La educación, incluidas la formación y la orientación profesionales (artículo 28),
 - b) Los objetivos de la educación (artículo 29),
 - c) El descanso, el esparcimiento y las actividades culturales (artículo 31).
- F) Medidas especiales de protección:
- a) Los niños en situaciones de excepción:
 - i) Los niños refugiados (artículo 22),
 - ii) Los niños afectados por un conflicto armado (artículo 38), incluidas su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 39).

- b) Los niños que tienen conflictos con la justicia:
 - i) La administración de justicia juvenil (artículo 40),
 - ii) Los niños privados de libertad, incluida toda forma de detención, encarcelamiento o colocación bajo custodia (artículo 37 apartados B, C y D),
 - iii) La imposición de penas a los niños, en particular la prohibición de la pena capital y la de prisión perpetua (artículo 37 apartado A),
 - iv) La recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 39).
- c) Los niños sometidos a explotación, incluida su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 39),
 - i) La explotación económica, incluido el trabajo infantil (artículo 32),
 - ii) El uso indebido de estupefacientes (artículo 33),
 - iii) La explotación y el abuso sexuales (artículo 34),
 - iv) Otras formas de explotación (artículo 35).
- d) Los niños pertenecientes a minorías o a grupos indígenas (artículo 30).

Luego del esbozo que se acaba de hacer de los contenidos básicos de la Convención, conviene detenernos con más detalle sobre ciertos aspectos de esos contenidos, que son especialmente relevantes para entender la protección internacional de los derechos de los niños.

Como puede apreciarse en el elenco que se acaba de exponer, la Convención contiene tanto previsiones que por su carácter general ya estaban previstas en otros ordenamientos no solamente para los menores sino también para todas las personas, así como otro tipo de disposiciones que fueron incluidas para proteger algunas peculiaridades de los menores, teniendo en cuenta el deber reforzado de protección que existe respecto de ellos. Interesa en este momento destacar justamente los preceptos de la Convención de especial aplicación a los menores.

Uno de los conceptos novedosos, que se repite en varias partes de la Convención, y que supone la clave interpretativa de la misma y de las disposiciones internas sobre menores, lo constituye el denominado “interés superior del niño”, establecido en el artículo 3o. de la Convención, conforme al siguiente texto:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Lo que nos viene a decir el precepto transcrito es que las autoridades deben tomar en cuenta que hay un interés superior que debe ser preservado: el del niño, y que debe imponerse siempre que entre en conflicto con otro tipo de intereses. El artículo 3o. de la Convención lo que establece es una especie de cláusula de prevalencia, por medio de la cual se declara que el interés del niño tendrá preferencia sobre los demás y deberá ser un objetivo a perseguir por particulares y autoridades: “La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a los derechos fundamentales”.¹⁹⁸ El interés superior del niño deberá ser observado con mayor intensidad por quienes tienen a su cuidado al menor, es decir, los progenitores, tutores o custodios, los cuales deberán velar por ese interés en todas las facetas de la vida del menor; también deberán observarlo, en la esfera en que tengan competencia, los educadores, los jueces, la administración pública, etcétera. El concepto de interés superior del niño aparece, además de en el artículo 3o. ya mencionado, en los artículos 9o., 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención.

De alguna manera, el concepto de “interés superior del niño” ha sido aplicado por nuestra Suprema Corte al enjuiciar la legitimidad constitucional de un Código Civil local que preveía para ciertos supuestos la pérdida de la patria potestad para alguno de los progenitores; se trata de la tesis siguiente:

PATRIA POTESTAD. EL ARTÍCULO 299, REGLA PRIMERA DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE, NO INFRINGE EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, PUES LA PÉRDIDA DE AQUÉLLA QUE ESTABLECE NO ES UNA PENA O SANCIÓN EXCESIVA. La regla especificada no infringe el artículo 4o. de la Constitución federal, en virtud de que la pérdida de la patria potestad que establece en los casos de divorcio necesario no es una pena, sino una consecuencia natural de la sentencia de divorcio, a lo que además está constreñido el juzgador ordinario merced a la voluntad impuesta por el

¹⁹⁸ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., p. 157.

legislador local, declaración que ha de entenderse en razón del interés mayor que tiene la sociedad y el Estado de proteger el bienestar de los hijos menores del matrimonio que se disuelve por alguna o más de las causas previstas en la citada regla. A lo antes dicho cabe sumar que la declaración de pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable, no sólo no es una pena, sino tampoco puede considerarse que sea “excesiva”, toda vez que en la referida primera regla del precepto en cuestión la privación de la patria potestad no se hace en virtud de que resultó condenado determinado cónyuge a la disolución del vínculo matrimonial, sino con la finalidad de procurar y proteger el bienestar del menor de edad. En efecto, el beneficio del menor, su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y formación de su carácter, son los valores que determinan la declaración de pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable, si bien para ello ha de tomarse en consideración la naturaleza de los actos que cometió, es decir, que con su conducta puede deformar moralmente al menor y corromperlo, que su modo de comportarse ofrece un modelo perverso o viciado de la familia, así como su calidad moral. De este modo, si bien en la regla primera del artículo 299 del Código Civil del Estado de Campeche se previenen diversos tipos de conducta considerados graves, también lo es que todos ellos participan de la misma consecuencia negativa para los menores, pues, de un modo u otro, inciden en los derechos del menor a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y moral, o sea, trascienden en perjuicio de la salud, seguridad o moralidad de los hijos, de tal modo que estos bienes protegidos, dada la conducta del cónyuge culpable, estarán en riesgo de no ser preservados, razón que justifica que se imponga en esa hipótesis la privación de la patria potestad, puesto que es la sociedad la que tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor. No cabe entonces hacer distinción alguna entre las diversas conductas contempladas en la regla primera del numeral de que se trata, a fin de establecer si unas u otras son más o menos graves, cuenta habida que, sin lugar a dudas, todos los actos previstos por el legislador local en la indicada regla revelan semejante calidad moral del cónyuge culpable y tienen trascendencia perjudicial en el bienestar del menor, de hecho o potencialmente, pues implican descuido de los deberes que impone la patria potestad. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, tesis 2a. LXXVII/2000, p. 162.

Que las mayores y originales obligaciones respecto al menor incumben a los familiares queda muy claro a partir del artículo 5o. de la Convención cuando establece que

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades,

dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

A partir del artículo 5o. debe entenderse que la responsabilidad primaria es de los progenitores o custodios y que el Estado deberá respetar sus decisiones siempre y cuando no sean contrarias al interés superior del niño, en cuyo caso será el propio Estado el que podrá sustituir a aquellos en las responsabilidades sobre el menor. En el mismo sentido y sobre el mismo tema, debe atenderse también a lo dispuesto por el artículo 18 de la Convención, el cual dispone que:

1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

La idea que se encuentra en el artículo 18 parece estar presente en todo el texto de la Convención; aparece de nuevo en forma específica en su artículo 27.¹⁹⁹

Uno de los primeros derechos que deben ser materializados después del nacimiento del menor es el que tiene que ver con su inscripción en el registro público competente y la asignación de un nombre, tal como lo dispone el artículo 7o. de la Convención; el mismo precepto establece claramente el derecho de todo menor a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, cuestión que reite-

¹⁹⁹ El artículo 27 dispone, en sus tres primeros párrafos, lo siguiente: “1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

ra y amplía el artículo 9o. de la misma Convención, en cuyo primer párrafo se puede leer lo siguiente:

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Otra disposición interesante tiene que ver con el concepto de reunificación familiar, es decir, con la obligación que se establece para los Estados partes a fin de que faciliten que los menores puedan reunirse con sus familiares cuando por alguna circunstancia vivan en países diferentes. El artículo 10 de la Convención en su párrafo primero dispone que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.

Como ya se ha comentado en uno de los apartados anteriores, hay algunos derechos que los menores no pueden ejercer por sí mismos, como los que tienen que ver con promover acciones ante los tribunales o realizar ciertas solicitudes ante la administración pública; sin embargo, del hecho de que no puedan personarse directamente ante un juez o ante una autoridad administrativa no se desprende que su opinión, si su madurez lo permite, no pueda ser expuesta y tomada en cuenta por los órganos de autoridad. Así lo establece el artículo 12 de la Convención:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A partir del artículo 12 de la Convención, los Estados partes están obligados a introducir en sus códigos procesales las previsiones necesarias para que los menores puedan opinar en todos los procedimientos en que se vean involucrados, para el efecto de dar cumplimiento al precepto transcrito.

Un derecho que tienen los menores y que no está previsto como tal para los mayores de edad es el derecho a jugar, el derecho a la recreación (lo más parecido para los adultos quizá pueda ser el derecho a tener vacaciones). El artículo 31 de la Convención dispone que:

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Tal como puede apreciarse, la Convención es un instrumento sumamente rico en conceptos, extenso en artículos y de gran interés para comprender el régimen jurídico de los menores en su conjunto. A partir de su texto se han emitido un par de protocolos adicionales que también deben ser tenidos en cuenta al estudiar los derechos de los menores en el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata del protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados y del protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.²⁰⁰

A pesar de su amplio y muy pertinente contenido, la Convención ha visto frenada su aplicación práctica por marcadas reticencias judiciales; algunos jueces la han visto como un documento programático y se han negado a darle valor jurídico pleno, lo cual ha impedido su plena operatividad.²⁰¹

Para mejorar su aplicación en el nivel interno conviene tener en cuenta la Observación General número 5 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, que se refiere justamente a las medidas generales para la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.²⁰²

El propio Comité de los Derechos del Niño ha resaltado el hecho de que la tutela de esos derechos requiere de una infraestructura institucional que se en-

²⁰⁰ El texto de ambos protocolos puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 143-159.

²⁰¹ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, cit., p. 151.

²⁰² Dicha Observación General fue aprobada en el 34o. periodo de sesiones del Comité, celebrado entre el 19 de septiembre y el 3 de octubre de 2003, y figura en el documento CRC/GC/2003/5.

cargue de la tarea y ha recomendado una serie de pasos que los responsables pueden ir tomando para cumplirla.²⁰³

También en el marco internacional de los derechos humanos, debe considerarse que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se dijo en relación con los derechos de los menores lo siguiente:

Deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales en defensa de la protección de los niños, particularmente las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece también una consideración especial para los menores en su artículo 24, a partir del cual el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha dictado su Observación General número 17, de 1989.²⁰⁴ En consonancia con lo que ya se ha dicho, la Observación General número 17 considera que

La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados partes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño debe ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para ase-

²⁰³ El Comité lo ha señalado en su Observación General núm. 2, aprobada en su 32o. período de sesiones, celebrado entre el 13 y el 31 de enero de 2003. La OG 2 figura en el documento CRC/GC/2002/2.

²⁰⁴ Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 419-422.

gurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres. El Comité considera útil que, en sus informes, los Estados partes proporcionen información sobre las medidas especiales de protección que han adoptado para proteger a los niños abandonados o privados de su medio familiar, con el fin de permitir que se desarrollen en las condiciones que más se asemejen a las que caracterizan al medio familiar (párrafo 6).

Dentro del ámbito regional de América Latina, es importante tomar en cuenta lo establecido en favor de los menores de edad por el artículo 16 del Protocolo de San Salvador.

3. Los menores de edad frente a la justicia penal

El artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, en su apartado 1, señala que

Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El mismo artículo 40, en su apartado 3, dispone que

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Como ya se ha visto, el propio artículo 1o. de la Convención define como niño a toda persona menor de 18 años.

De lo transcrito me parece que pueden derivarse dos cuestiones claves; la primera es que existe un límite a la capacidad punitiva del Estado: una edad por debajo de la cual se entiende que las personas todavía no son capaces de asumir las consecuencias de sus conductas (por lo menos de aquellas que tienen carácter penal).

Por otro lado, del contenido de la Convención puede derivarse un mandato de “razonabilidad” en la determinación de la edad penal; en este sentido habría algún elemento, derivado de varios de los artículos de la Convención y principalmente de los transcritos, para suponer que dicha determinación no tendría que estar por debajo de los 18 años, o por lo menos, para deducir que para los menores se tendría que crear un régimen jurídico-penal específico, acorde con su capacidad de entendimiento y con la protección de su dignidad.

Este último punto, además, encontraría un sustento adicional en la regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) que establece que “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” (Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1985).²⁰⁵

Además, en el ordenamiento jurídico internacional se establece que la pena privativa de libertad impuesta a un menor debe ser “el último recurso”, por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales (regla 1 apartado 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, de 14 de diciembre de 1990).²⁰⁶ Esto quiere decir que la decisión de un país de prever penas privativas de la libertad para menores deberá ser cuidadosamente argumentada, tanto en su establecimiento como en su duración.

Por otra parte, para reforzar el argumento que se viene defendiendo, hay que recordar que en su Observación General número 21, relativa al contenido del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que del contenido del Pacto puede inferirse que “todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal” (párrafo 13).²⁰⁷

A nivel de derecho mexicano, hay que considerar que los artículos 44 y 45 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a la que ya nos hemos referido, establecen una serie de garantías en favor de los

²⁰⁵ Consultables en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1281 y ss. La Constitución de Ecuador de 1998 no deja espacios para la duda; en su artículo 51 establece claramente que: “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada de la función judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales”.

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 1251 y ss.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 432.

menores de edad que hayan violado la legislación penal; su contenido es el siguiente:

Artículo 44

Las normas protegerán a niñas, niños y adolescentes de cualquier injerencia arbitraria o contraria a sus garantías constitucionales o a los derechos reconocidos en esta ley y en los tratados, suscritos por nuestro país, en los términos del artículo 133 Constitucional.

Artículo 45

A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo anterior, las normas establecerán las bases para asegurar a niñas, niños y adolescentes, lo siguiente:

A. Que no sean sometidos a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

B. Que no sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. La detención o privación de la libertad del adolescente se llevará a cabo de conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, defensa y procesales que reconoce la Constitución.

C. Que la privación de la libertad sea aplicada siempre y cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal y como último recurso, durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la infancia.

D. Que de aquellos adolescentes que infrinjan la ley penal, su tratamiento o internamiento sea distinto al de los adultos y, consecuentemente se encuentren internados en lugares diferentes de éstos. Para ello se crearán instituciones especializadas para su tratamiento e internamiento.

E. Que de conformidad con el inciso que antecede, se promoverán códigos o leyes en los que se establecerán procedimientos y crearán instituciones y autoridades especializadas para el tratamiento de quienes se alegue han infringido las leyes penales. Entre esas acciones se establecerán ministerios públicos y jueces especializados.

F. Que en el tratamiento a que se refiere el inciso anterior, se considere la importancia de promover la reintegración o adaptación social del adolescente y para que asuma una función constructiva en la sociedad.

G. Que entre las medidas de tratamiento que se apliquen a quienes infrinjan la ley penal, se encuentren las siguientes: El cuidado, orientación, supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación de hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que sean tratados de manera apropiada para su reintegración y adaptación social, en función de su bienestar, cuidando que la medida aplicada guarde proporción entre las circunstancias de su comisión y la sanción correspondiente.

En las leyes penales se diferenciarán las medidas de tratamiento e internamiento para aquellos casos que se infrinja la ley penal, cuando se trate de delitos graves o de delincuencia organizada por los mismos adolescentes, ante lo cual se podrán prolongar o aumentar las medidas de tratamiento y en último caso, optar por la internación.

H. Que todo aquel adolescente que presuntamente ha infringido las leyes penales, tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a cualquier otra asistencia adecuada, a fin de salvaguardar sus derechos. Consecuentemente, se promoverá el establecimiento de Defensores de Oficio Especializados.

I. Que en los casos que se presume se han infringido las leyes penales, se respete el derecho a la presencia de sus ascendientes, tutores, custodios o de quienes estén responsabilizados de su cuidado.

J. Que a quienes se prive legalmente de su libertad, sean tratados respetando sus derechos humanos y la dignidad inherente a toda persona.

K. Que quienes sean privados de su libertad tengan derecho a mantener contacto permanente y constante con su familia, con la cual podrá convivir, salvo en los casos que lo impida el interés superior de la infancia.

L. Que no procederá la privación de libertad en ningún caso cuando se trate de niñas o niños. Cuando se trate de adolescentes que se encuentren en circunstancias extraordinarias, de abandono o de calle, no podrán ser privados de su libertad por esa situación especialmente difícil.

Me gustaría llamar la atención del lector particularmente sobre el contenido de los incisos D y E del artículo 45, ya que establecen una obligación explícita para diferenciar tanto el tratamiento normativo (tipificación de conductas, establecimiento de sanciones, etcétera) como la respuesta frente a violaciones de la legislación penal para adultos y menores. Hay que recordar que en términos del artículo 1o. de la propia Ley, el artículo 45 obliga a todas las autoridades del país, cualquiera que sea su esfera de competencia.

Teniendo presente lo anterior puede concluirse de manera clara y contundente que los códigos penales de las entidades federativas que fijan la edad penal en menos de 18 años, violan la Convención y las demás normas jurídicas mencionadas al no distinguir entre los adultos y lo que la Convención entiende y define como niños (menores de 18 años).

Quienes defiendan la posibilidad de tratar a los menores de 18 años con el mismo sistema penal que el de los adultos deben argumentar y probar qué condiciones biológicas, sicosociales e incluso organizativas hacen posible y necesario ese tratamiento igual. También deben de probar que el sistema de justicia penal diseñado para los menores de 18 tiene a la privación de libertad como recurso extremo y por el menor tiempo posible.

El *test* de “razonabilidad” para demostrar que un régimen jurídico-penal que se aplique por igual a los menores de 18 años que a los adultos no viola las normas jurídicas ya citadas, sería muy arduo de aprobar en cualquier Estado democrático.

Debe atenderse también, como se explica más adelante, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitido en la Opinión Consultiva 17/2003 sobre el régimen jurídico de los menores, en la cual se reitera la necesidad de un tratamiento diferenciado entre menores y mayores frente al procedimiento penal. Sobre el punto de vista de la Corte Interamericana se abunda en el apartado siguiente.

Desde una perspectiva más amplia debe afirmarse con rotundidad que la idea, “sencilla y práctica” según sostienen algunos con descarado cinismo, de rebajar la edad penal a fin de tratar a los menores como adultos se produce sobre todo en países atrasados, en donde el régimen de libertades no está asegurado y en los que el Estado de derecho no deja de formar parte de la retórica oficial, sin que signifique nada concreto para las personas de carne y hueso. En ninguno de los países avanzados se habla con seriedad de rebajar la edad penal (quizá con la excepción de una cierta franja ideológica de cuño ultraconservador en los Estados Unidos), por el contrario, como señala Klingsberg,

Todo el esfuerzo está volcado en su rehabilitación (de los menores), porque está demostrado que la mejor manera de reducir las tasas delictivas de niños y jóvenes consiste en invertir en fortalecer la familia, aumentar la educación y crear oportunidades de trabajo en el caso de los jóvenes (la tasa de desocupación juvenil latinoamericana supera el 20%). Es urgente actuar. Las generaciones futuras juzgarán a América Latina más que nada por lo que ha hecho con su gente y, sobre todo, con sus niños.²⁰⁸

Aunque no existe un pronunciamiento jurisprudencial firme sobre el tema del que nos hemos ocupado en este apartado, hay alguna tesis aislada que parece sostener un criterio totalmente opuesto al referido. Se trata de la siguiente tesis:

IMPUTABILIDAD, CIUDADANÍA Y MAYORÍA DE EDAD. CONSTITUYEN PREMISAS DISTINTAS, Y POR ELLO, NO EXISTE CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 4o. DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA Y 1o. DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CON EL 34 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si en la especie, la legislación específica aplicable

²⁰⁸ Klingsberg, Bernardo, “Las grandes víctimas de Latinoamérica”, *La Vanguardia*, Barcelona, 9 de agosto de 2003, p. 8.

al inconforme, artículo 4o. del Código de Defensa Social, dispone que serán imputables los mayores de dieciséis años, entendiéndose por imputabilidad, la capacidad del sujeto para comprender lo ilícito de su actuación, es inconcuso que tal hipótesis no encuadra en los considerados menores de edad por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo presupuesto excluye a aquellos que son considerados mayores de edad cuando dispone expresamente, en lo que interesa "...salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", motivo por el cual no pueden ser estimados opuestos tales ordenamientos, como tampoco que sea contrario al precepto 34 de la carta magna, ya que allí trata lo atinente a los requisitos para adquirir la ciudadanía —dieciocho años y comportamiento honesto—, siendo entonces, tópicos distintos la imputabilidad —como presupuesto de la culpabilidad—, y las obligaciones y deberes que se adquieren al cumplir dieciocho años de edad. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, tesis VI.P.66 P, p. 775.

Esta tesis incurre en un error por varias razones. En primer lugar porque no realiza una interpretación sistemática de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que aunque en efecto el artículo 1o. podría hacer suponer que los Estados parte pueden disponer por ley de una edad distinta a la de 18 años para marcar el inicio de la mayoría de edad, también lo es que en otros dispositivos de la Convención se señala la necesidad de que los menores sean tratados en el ámbito del procedimiento penal de una forma distinta —se entiende que más protectora, como es obvio— a los mayores de edad.

En segundo lugar, la tesis se equivoca al no hacer ninguna consideración sobre un concepto central de la Convención, que es el del "interés superior del niño", el cual no solamente se debe verificar frente a los actos de las autoridades administrativas, sino que prevalece también frente al legislador.

En tercer término, la tesis parte de una interpretación estrecha, casi literalista, del derecho penal, reduciendo los intereses de los menores a datos sobre culpabilidad e imputabilidad; por desgracia, no es de eso de lo que se habla cuando se rebaja la edad penal, sino de una decisión sustantiva que supone arrojar a los menores al funcionamiento de una maquinaria salvaje de degradación del ser humano que, si atendemos a cualquiera de las evidencias disponibles, es muy probable que termine de una vez por todas con las esperanzas de un futuro mejor para ellos. No se trata, por tanto, de una decisión que se pueda tomar con base solamente en consideraciones de técnica jurídica, sino que comporta la entrada en juego de una serie de valores (no metafísicos por cierto, sino claramente establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, si se realiza una interpretación sistemática de su contenido) muy importantes para

toda sociedad democrática; así lo ha entendido perfectamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17/2002.

Aparte de la tesis que se acaba de analizar, existen otros criterios jurisprudenciales que también conviene tener presentes para entender el tratamiento penal que debe proporcionarse a los menores infractores. Se trata de las siguientes interpretaciones:

MENORES INFRACTORES. EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE LA LEY DEL CONSEJO TUTELAR RELATIVA DEL ESTADO DE PUEBLA, ES VIOLATORIO DE LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE ADECUADA DEFENSA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 20, APARTADO A, FRACCIONES V Y IX, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Acorde a los artículos 15, 16, 18, 25, 26, 28, 29 y 30 de dicha Ley secundaria, el procedimiento de menores infractores en el estado de Puebla, comprende: a) La consignación por parte del Ministerio Público u otra autoridad al consejo y la radicación del expediente; b) La investigación clínica y social y el auto que resuelve la situación jurídica del menor, estableciendo si existe o no causa para continuar el procedimiento (en caso afirmativo, se practicarán los exámenes de la especialidad y se recibirán las demás pruebas que se ofrezcan en defensa del menor); c) La convocación a los consejeros para la consideración del proyecto de resolución definitiva; y, d) La sentencia definitiva que dicta el consejo con la aprobación de la mayoría de sus miembros. En ese procedimiento no se advierten prerrogativas a favor del quejoso frente a los actos por los que se le impone una medida tutelar, que tiende a privarlo de la libertad, pues si bien en el artículo 26 se establece que una vez presentado el menor ante el presidente del consejo tutelar o ante el delegado correspondiente procederán, entre otras cosas, a escucharlo sin demora, como a sus acusadores o a los denunciantes que hayan comparecido y al representante de la defensa del menor y la familia, a fin de establecer si existe o no causa para continuar el procedimiento, resulta que no se da oportunidad al menor para defenderse, bien por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o del profesional de su confianza, esto último de lo que gozan los adultos procesados penalmente, en términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional. Lo anterior se impone considerando que por conductas que implican infracciones a la ley, las autoridades del consejo tutelar pueden aplicar al menor infractor medidas de seguridad, que entrañan actos privativos de la libertad o de sus derechos; aun cuando los artículos 16, 26, fracción I, 28 y 30 establecen como órgano auxiliar oficioso la figura del representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, sobre el que recaen las facultades tutelares de la defensa del menor, su intervención es impositiva y no responde con plenitud a las garantías del menor y que corresponde ejercitar a sus padres, tutores o al profesional que pueda designar (por conducto de sus padres), a efecto de que sea asesorado en cuanto pueden aconsejarlo con base en conocimientos técnicos y en la experiencia, además de informarle las normas sustanciales y procesales relacionadas con el hecho y las peculiaridades del caso, implicando

dicha asistencia la vigilancia del interviniente en los diversos actos del proceso, como son el cumplimiento de términos y el curso mismo de éste, lo cual podrá ser en forma mancomunada con el citado representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia. Por otra parte, el procedimiento al que son sometidos los menores limita la recepción de pruebas al prudente arbitrio del consejo tutelar, ya que en términos del artículo 28 de la Ley, una vez declarada la existencia de la causa para continuar el procedimiento en términos del artículo 26, se dispone de quince días naturales para integrar el expediente, permitiendo el presidente del consejo o el delegado correspondiente, que en ese lapso los consejeros sometan al menor a los exámenes de su especialidad, escuchándolo, al igual que a las personas cuya declaración estime necesaria, como al representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, pudiendo allegar de oficio las pruebas conducentes, y sobre ese particular, el diverso numeral 30 precisa que en la sesión del consejo o delegación que corresponda, el secretario expondrá y justificará el proyecto de resolución definitiva, y en dicha sesión se desahogarán las pruebas que a “juicio” del consejo o delegación sean pertinentes, todo lo cual permite establecer la limitación del derecho del menor de probar en la citada audiencia, quedando al arbitrio del consejo tutelar el desahogo de los medios de prueba que a su juicio sean pertinentes, siendo que el artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional, lleva a la obligada conclusión de que se deben recibir las pruebas que ofrezca a fin de obtener la convicción de inocencia de quien lo juzga, respecto de los hechos que le son atribuidos. En esa forma, es inconcuso que el procedimiento establecido en la Ley en comento, coarta las garantías anotadas, por una parte, por no instituir a favor del menor las defensas a que tiene derecho, pues no le permite que intervenga en su defensa por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, o a través del defensor o persona de confianza que quiera señalar, antes de establecer si existe causa para someterlo a procedimiento y, por la otra, que se le limita el derecho de rendir pruebas antes y después de la sesión prevista en el artículo 30, pues queda al prudente arbitrio del consejo el desahogo de las que considere prudentes, hecho que evidentemente coarta la garantía de audiencia del menor, para ejercer por conducto de quienes su derecho representen, las pruebas durante la tramitación del procedimiento tutelar, lo que es contrario a lo dispuesto en los citados preceptos constitucionales. Novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, tesis VI.2o.P.27 P, p. 1291.

En esta tesis, generada también a partir de la interpretación de un ordenamiento del estado de Puebla como la anteriormente citada, el Tribunal Colegiado sostiene un criterio interesante al señalar que los derechos fundamentales de los menores no se podrán ver disminuidos dentro del procedimiento específico al que sean sometidos por su edad cuando cometan hechos de relevancia penal. Es decir, para el Colegiado, los derechos establecidos por ejemplo por el artículo 20 constitucional se aplican tanto a los mayores de edad sujetos a los

procedimientos penales ordinarios, como a los menores de edad sujetos a procedimientos específicos por razón justamente de su edad. Es una tesis correcta, que comprende el sentido garantista que debe tener presente el intérprete al aplicar los derechos fundamentales, tanto más si se trata de los derechos los menores.

La postura anterior, sin embargo, no es sostenida de forma unánime por todos los tribunales colegiados; algunos defienden criterios verdaderamente ofensivos para el sentido común, llegando a negar que los menores puedan ser titulares de los derechos de libertad que establece el artículo 16 constitucional en contra de detenciones arbitrarias e ilegales. Eso sucede, por mencionar un criterio que debería ser cambiado a la brevedad, en la siguiente tesis:

MENORES INFRACTORES. NO SON SUJETOS A LA LEY PENAL, SINO A PROCEDIMIENTOS ESPECIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Los menores infractores no son sujetos a la ley penal, pues de la lectura del artículo 13 del Código Penal para el Estado de Jalisco, en su capítulo IV, relativo a las causas excluyentes de responsabilidad, se desprende que: “Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación. I. Son causas de inimputabilidad: a) El hecho de no haber cumplido dieciocho años de edad, al cometer la infracción penal...”; asimismo el artículo 1o. de la Ley de Readaptación Juvenil para la citada entidad, textualmente dispone: “Los infractores menores de dieciocho años, no podrán ser sometidos a proceso ante las autoridades judiciales sino que quedarán sujetos directamente a los organismos especiales a que se refiere la presente Ley, para que previa la investigación y observación necesarias, se dicten las medidas conducentes para su educación y adaptación social, así como para combatir la causa o causas determinantes de su infracción... Se considerarán menores infractores los que teniendo menos de 18 años de edad, cometan una acción u omisión que las leyes penales sancionen”; por su parte, el numeral 6o. de la referida ley especial, establece: “Son autoridades y órganos encargados de la aplicación de la presente Ley: I. El Consejo Paternal de la capital del Estado y los que se establezcan en las cabeceras municipales en los términos de ley. II. La Granja Industrial Juvenil de Recuperación. III. Las dependencias del Patronato de la Asistencia Social en el Estado y los hogares sustitutos”; por otro lado, el precepto 18 de la Constitución federal, en su párrafo cuarto, dispone: “La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”; con base en lo anterior, debe válidamente sostenerse que los menores de edad infractores no son delinquentes sujetos a la ley penal, y por tanto, no es posible que en el procedimiento administrativo al que se encuentren sujetos, se analice si en su detención medió o no el supuesto de la flagrancia, pues aun cuando el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”; sin embargo, tratándose de los infractores menores de dieciocho años, al no poder some-

terlos a proceso ante las autoridades judiciales competentes, es obvio que quedan sujetos directamente a organismos e instituciones especiales para su tratamiento, para que a través de ellos y mediante medidas educativas y de adaptación social, procedan a combatir las causas que determinaron su infracción; de donde se desprende que si por disposición de la propia ley, los mencionados menores no pueden ser sujetos a proceso ante las autoridades judiciales, menos es dable observarse la aplicación de preceptos legales que atañen sólo a la esfera del proceso mismo (instruible sólo a personas mayores de dieciocho años), como es el caso dispuesto en el párrafo sexto, del artículo 16 constitucional (antes de su última reforma, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el día ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, en vigor al día siguiente), el cual en lo conducente, dice: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”, apartado éste, que por aludir al “juez que reciba la consignación del detenido”, necesariamente se vincula con las restantes garantías que tiene el inculcado en todo proceso del orden penal, que diáfananamente enumera el artículo 20 de nuestra carta magna; de ahí que no exista obligación por parte del presidente del Consejo Paternal, para calificar si en la detención de un menor, medió o no el supuesto de la flagrancia. En tal virtud, si la detención de un menor infractor se lleva a cabo sin que exista orden de aprehensión y no se da el supuesto de flagrancia, ningún perjuicio le irroga, supuesto que, se reitera, los menores, por disposición legal, no deben ser sometidos a proceso penal ante autoridades judiciales competentes, y por ende, no deben aplicarse preceptos legales que atañen a la esfera del proceso mismo (aplicables sólo a mayores de dieciocho años); por tanto, no es indispensable que para la retención de un menor medie flagrancia u orden de aprehensión, en virtud de que tal requisito sólo es dable tratándose de personas imputables, respecto de las cuales exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión. A mayoría de datos, en el caso los menores de edad, no perpetran delitos, sino que cometen infracciones, por tanto, no pueden ser sometidos a proceso penal ante las autoridades judiciales, ni tratárseles como delincuentes, sino que quedan sujetos a las instituciones y organismos especiales, para su educación y adaptación social, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1o., 5o., 21, 22, 23 y 24 de la Ley de Readaptación Juvenil para el Estado de Jalisco. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, octubre de 1999, tesis III.2o.P.57 P, p. 304.

Es un criterio curioso, porque además contiene en su propio texto la más poderosa razón por la cual está del todo desautorizada: el mandato del artículo 1o. constitucional, que señala que no puede restringirse el goce de ningún derecho,

salvo que así se establezca por la Constitución. Pero además, la protección del artículo 16 constitucional es para todas las personas, con independencia de su edad. Pensemos en la consecuencias prácticas que arroja la tesis anterior: toda vez que el artículo 16 no rige para los menores, la policía los puede detener sin contar con orden judicial y sin que se configure el supuesto de flagrancia, es decir, los puede detener en cualquier momento y por cualquier razón, sin que a la autoridad judicial competente (en el caso en estudio, una autoridad que ya resulta sospechosa desde su nombre: el Consejo Paternal) pueda revisar si esa detención estuvo bien o mal hecha en términos constitucionales. Es una buena forma de instaurar, por razón de edad, un retorno a la ley de la selva, vaciando de ese modo el contenido protector y garantista del artículo 16 y convirtiendo en humo la tutela que a los menores se les debe dar en el Estado constitucional.

4. *La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño*

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 17/2002 que tiene mucha relevancia para el tema que nos ocupa, ya que está referida a la condición jurídica y a los derechos humanos del niño.²⁰⁹ La Opinión fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido que éste órgano entiende que algunas medidas especiales de protección dirigidas a los menores tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de los propios menores. Concretamente, a la Comisión le preocupaban las siguientes medidas:

- La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.
- La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor.
- La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías.

²⁰⁹ Su texto puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1099-1185.

- La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se involucran derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor.
- La determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

La Comisión le requería a la Corte que se pronunciara sobre la compatibilidad de esas medidas con los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero de esos preceptos se refiere a los derechos que tiene toda persona ante una autoridad judicial (fundamentalmente derechos para su oportuna defensa); por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana establece el derecho a la protección judicial, es decir, el derecho de toda persona para acudir, mediante un recurso “sencillo y rápido”, ante un juez para que la ampare por la violación de sus derechos fundamentales, de la ley o de la propia Convención.

Como puede apreciarse, varias de las cuestiones planteadas por la Comisión ante la Corte Interamericana incumben no solamente al sistema interamericano de derechos humanos, sino a todo el derecho internacional de derechos, pues se trata en buena medida de la interpretación de preceptos contenidos también en la Convención de los Derechos del Niño.

La Opinión Consultiva que emite la Corte es muy extensa y, como en todas sus opiniones, la Corte demuestra un gran rigor jurídico al dar contestación a las cuestiones planteadas. Su misma extensión —derivada en parte del mucho espacio que ocupa la síntesis de los alegatos de todos los órganos e instituciones que se interesaron por la consulta y que aportaron elementos para su mejor solución— hace imposible ofrecer un resumen mínimamente completo de ella, por lo que nos limitaremos a destacar los puntos más interesantes.

Como en todas sus opiniones consultivas, la Corte comienza señalando su competencia y luego pasa a estudiar si para resolver las cuestiones planteadas puede tomar en cuenta otros tratados internacionales aparte de la Convención Americana, tema al que responde afirmativamente con base en las consideraciones que había hecho la misma Corte en alguna opinión consultiva anterior (ver párrafos 20 a 23 de la OC/17).

La Corte se ocupa, en segundo término, de definir el concepto de niño, para lo cual toma en cuenta el artículo 1o. de la Convención de los Derechos del Niño, al que ya hemos hecho referencia, y realiza las siguientes consideraciones:

41. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

42. En definitiva, tomando en cuenta la normatividad internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Al responder a las cuestiones planteadas por la Comisión, la Corte señala que

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

La Corte señala que la intervención en favor de los menores y de la familia debe hacerse, cuando corresponda al Estado, por los medios adecuados y contando con personal especializado, es decir, que no basta con que el Estado disponga en términos generales de juzgados y centros de asistencia social, sino que tienen que crear estructuras especializadas en la atención de menores. La Corte lo explica en los siguientes términos:

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas... no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos.

79. ...No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.

Para la Corte, los deberes del Estado en relación con los menores de edad no se agotan en actos de abstención por parte de los poderes públicos, sino que re-

quieren y exigen de políticas activas para la preservación de sus derechos, entre las cuales la educación tiene un papel fundamental:

88. ...los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural... es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.

En cuanto a la participación de los menores dentro de los procedimientos judiciales, la Corte señala que en términos generales el órgano aplicador del derecho (sea judicial o de carácter administrativo) debe atender a la capacidad del niño para acordar su intervención:

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Una cuestión de la mayor relevancia, que ya se ha analizado en el apartado precedente, es la que tiene que ver con la separación que los Estados deben observar entre mayores y menores de edad para efectos de su enjuiciamiento penal. Como el lector recordará, se ha defendido la idea de que el Estado mexicano (tanto la Federación como cada una de las entidades federativas) no puede someter a un mismo régimen jurídico-penal a los mayores de edad y a los menores, ni tampoco considerar como mayores —para esos efectos— a las personas que tengan menos de 18 años. Pues bien, sobre este punto también la Opinión de la Corte se pronuncia, en el mismo sentido de lo que se acaba de explicar.²¹⁰ La Corte considera, citando expresamente el artículo 40.3 de la Convención de los derechos del niño, que

²¹⁰ Las ideas mencionadas fueron sostenidas desde antes de que la Corte emitiera la Opinión 17/2003; ya estaban expuestas en Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, UNAM, Porrúa, 2001, pp. 242-244 (hay una reimpresión de 2002).

109. ...los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.

La Corte precisa que las medidas restrictivas de la libertad personal de los menores también están regidas, como para los mayores, por el principio de legalidad en materia penal, por lo cual la imposición de algún tipo de sanción deberá darse solamente cuando el menor haya violado alguna norma que establezca con claridad la conducta a sancionar, pero no por meras situaciones de riesgo o peligro. La Corte emite su criterio en los siguientes términos:

110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis [se refiere al sometimiento del menor a órganos jurisdiccionales específicos] la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la que aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.

Finalmente, la Corte sintetiza todo su estudio en la parte final del fallo, que constituye todo un resumen del régimen jurídico internacional de los menores; en esa parte de la Opinión se asienta, entre otras cuestiones, lo siguiente:

- Los niños son titulares de derechos y no solamente su objeto de protección.
- El interés superior del niño implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
- La familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
- Debe preservarse la permanencia del niño en el medio familiar. La separación del menor de su familia debe ser una medida excepcional y de prefe-

- rencia temporal, solamente aplicable cuando así lo requiera su interés superior.
- El Estado debe contar con instituciones idóneas y personal capacitado para atender a los menores.
 - En los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelve sobre los derechos del niño, se deben observar los principios del debido proceso legal, lo que incluye las reglas del juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa. En ellos, además, se deberán tomar en cuenta las particularidades que se puedan desprender de la participación personal del menor, así como las medidas de protección que sean indispensables en favor del mismo.
 - Los menores de 18 años a quienes se les atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que pueden adoptar.

5. Datos sobre la niñez en el mundo

El panorama teórico y analítico que se acaba de ofrecer en los apartados precedentes no estaría completo si no se aportaran también una serie de indicadores empíricos que nos permitan tener una visión clara del grado de incumplimiento que los derechos de los niños tienen alrededor del mundo.²¹¹

Cada día mueren en todo el planeta 30,00 niños y niñas menores de cinco años por causas susceptibles de prevención; esta cantidad significa que cada tres segundos muere un niño, 21 cada minuto, 1,270 cada hora.

Unos 100 millones de niños viven o trabajan en la calle en todo el mundo. Entre ellos, 15,000 en la ciudad de México y 5,000 en la ciudad de Guatemala.

En los países en desarrollo trabajan unos 250 millones de niños de entre cinco y 14 años y entre 50 y 60 millones de niños que tienen de 5 a 11 años trabajan en condiciones peligrosas.

Unos 300,000 niños fueron soldados en el decenio de 1990; 6 millones de niños resultaron heridos en conflictos armados y 2 millones murieron en ellos; decenas de miles de niños han sido víctimas de minas terrestres.

²¹¹ Los datos que siguen, salvo indicación en contrario, se toman de UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2000*, Nueva York, ONU, 2000.

Casi un millón y medio de menores de 15 años tienen SIDA y 10 millones han perdido a sus padres por culpa del virus. El 90% de esos 10 millones vive en el África sudsahariana. Cada mes que pasa se contagian de SIDA 250,000 niños y adolescentes en el mundo. Hay casi 13 millones de niños que han quedado huérfanos a causa del SIDA.

Los abusos sexuales sobre los niños son una constante incluso en los países desarrollados. De acuerdo con encuestas de fines de los años noventa, el 20% de las niñas y adolescentes en Suiza, el 17% en Oslo (Noruega) y más del 14% en Nueva Zelanda han denunciado abusos sexuales.

Sólo el 30% de los niños son amamantados por sus madres en los primeros cuatro meses de vida; bastaría con incrementar este porcentaje para salvar un millón y medio de vidas al año. En América Latina, pese a su enorme potencial de producción de alimentos, uno de cada tres menores de dos años se encuentra en situación de “alto riesgo alimentario”.²¹²

La pobreza también afecta a los niños: 500 millones de ellos en todo el mundo viven con menos de un dólar al día. En América Latina, según datos del Banco Interamericano de Desarrollo, son pobres el 58% de los menores de cinco años y el 57% de quienes tienen entre 6 y 12 años.²¹³

En los países en vías de desarrollo, el 20% de los niños no asisten a la escuela y cada año 15 millones de niñas de entre 15 y 19 años se convierten en madres; en este mismo grupo de edad se calcula que cada año se realizan 8 millones de abortos. En todo el mundo hay más de 130 millones de niños no escolarizados.

Los anteriores son datos que, además de infundirnos una inmensa vergüenza, nos deben mover a la reflexión detenida y a plantearnos la necesidad de desarrollar mejores condiciones de vida para todos los niños del planeta. Estamos construyendo una humanidad con un presente precario y con un futuro poco promisorio, debido a que el respeto elemental a la dignidad de los niños simplemente no ha pasado de ser una cuestión retórica en muchos aspectos.

Una sociedad que desprecia y maltrata a la infancia es una sociedad suicida. Ningún esfuerzo es vano para tratar de proteger, cuidar y educar a los menores de edad. Como en tantos otros problemas, estamos frente a una cuestión de *derechos* incumplidos, de violaciones al pacto social mínimo que se debe exigir una sociedad democrática. Y no sólo eso: estamos también frente a un escenario moralmente inaceptable en el cual únicamente los cínicos pueden sentirse complacidos.

²¹² Klingsberg, Bernardo, “Las grandes víctimas de Latinoamérica”, *cit.*, p. 8.

²¹³ *Idem.*

VII. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES (ARTÍCULO 28, PÁRRAFO TERCERO)

Aunque en México no se suelen estudiar bajo la óptica de los derechos fundamentales, y por tanto los estudios doctrinales no los incluyen en sus índices, considero que dentro del capítulo de derechos sociales de este libro hay que hacer una mención, así sea breve, sobre los derechos de los consumidores.

Por cuestiones que tienen que ver con el desarrollo tecnológico y por la forma tendencialmente monopolista que han ido tomando los sistemas capitalistas, en la actualidad un grupo social en situación de vulnerabilidad lo constituyen los consumidores, lo cual ha llevado a regulaciones minuciosas de sus derechos en muchos países, a veces incluso a través de previsiones constitucionales.

Los consumidores se encuentran cotidianamente con la necesidad de realizar actos jurídicos frente a grandes corporaciones. Muchas veces, dichas corporaciones gozan de un régimen de monopolio en la prestación de un servicio público e imponen casi por la fuerza (la fuerza de la necesidad, se podría decir) sus condiciones a los consumidores.

Dejar el tema de las relaciones entre grandes empresas y consumidores dentro del ámbito del derecho privado, regidas bajo la idea de la autonomía de la voluntad, no puede ser más que una ficción, pues las condiciones de desigualdad entre unas y otros no permite que se manifieste una voluntad plenamente libre de las partes, sobre todo de la parte más débil. De hecho, la mayoría de contratos que suscribimos para la prestación de un servicio o la adquisición de un bien son contratos adhesivos, en donde las cláusulas suelen estar redactadas y previstas de antemano por la parte ofertante.

Es por eso que, como lo ha dicho Mauro Cappelletti, hay que reintegrar el equilibrio entre las partes (tanto desde un punto de vista del derecho sustantivo, como por lo que hace al derecho procesal), de forma que se proteja efectivamente la libertad de mercado.²¹⁴

De hecho, el propio Cappelletti señala que la protección de los consumidores tiene el mismo objetivo que la preservación de las condiciones de competencia a través de la prohibición de monopolios. Es decir, la idea de regular a las grandes empresas en sus relaciones con los consumidores no persigue sofocar la libertad de industria o trabajo, sino justamente al contrario: su objetivo es

²¹⁴ Cappelletti, Mauro, “El acceso a la justicia de los consumidores”, en su libro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993, p. 117.

asegurar que esa libertad va a seguir siendo efectiva para todos los que intervienen en el proceso productivo y de prestación de servicios.²¹⁵

En México la Constitución hace solamente una breve mención sobre la especial protección que debe dispensarse a los consumidores, pero no llega a recoger derechos fundamentales en esta materia. El artículo 28, párrafo tercero, dispone que “La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Para regular legislativamente el párrafo que se acaba de transcribir, se expidió la Ley Federal de Protección al Consumidor, en cuyo artículo 1o. se señalan los principios básicos del derecho del consumo y de las relaciones jurídicas que regula esa rama del ordenamiento jurídico; en la parte que ahora interesa, su texto es el siguiente:

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;

II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;

IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;

V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, administrativa y técnica a los consumidores;

VI. El otorgamiento de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos; y

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

Más detallada que el artículo 28 del texto constitucional mexicano es la Constitución argentina, luego de su reforma de 1994, que dispone en su artículo 42 lo siguiente:

²¹⁵ *Ibidem*, p. 118.

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

En la misma línea se ubica la Constitución de Portugal, en cuyo artículo 60 se establece que:

1. Los consumidores tendrán derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación y a la información y la protección de su salud, su seguridad y de sus intereses económicos, así como a la reparación de los daños sufridos.
2. La publicidad será regulada por ley. Se prohíben cualesquiera formas de publicidad oculta, indirecta o engañosa.

También es interesante, en relación al tema que nos ocupa, el contenido del artículo 51 de la Constitución española, cuyo texto es el siguiente:²¹⁶

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por lo apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

En relación con el apartado 2 del artículo 51 que se acaba de transcribir y concretamente sobre el derecho de los consumidores a obtener información, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

Cuando el precepto en cuestión dice que el adquirente de bienes o el usuario de servicios tiene el legítimo derecho del consumidor a disponer de una información ade-

²¹⁶ Algunas de las cuestiones que se suscitan en torno a este artículo han sido examinadas en Menéndez Menéndez, Adolfo, "La defensa del consumidor: un principio general del derecho", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 1901 y ss.

cuada, está configurando el derecho del consumidor a disponer de una información veraz y completa sobre las características esenciales del bien o servicio, de su calidad, composición, precio, etcétera, que le permitan dirigir la elección, utilizar el bien o servicio o reclamar la reparación de los eventuales daños causados por el producto adquirido o servicio utilizado [Sentencia 71/1982].

La protección de los consumidores también se ha desarrollado en el ámbito internacional; principalmente en el seno de la Unión Europea y en la ONU.²¹⁷

Sintetizando lo que se ha dicho, se puede afirmar que la protección del consumidor en el marco del derecho constitucional comparado pasa por los siguientes aspectos:

1. Un fomento del asociacionismo de los particulares (lo cual, en algunos países, se realiza a través del subsidio con fondos públicos de las asociaciones más representativas). Es importante señalar que en esta materia, las asociaciones tienden a reforzar la protección de los derechos de los consumidores, ya que les permite enfrentar coaligadamente a los intereses corporativos, los cuales superan en recursos económicos y personales a los consumidores aislados. El elemento colectivo sirve, pues, como una red de solidaridad para generar relaciones más simétricas entre los sujetos del derecho del consumo.
2. El acceso a la información de los consumidores sobre los productos que están consumiendo, lo que supone la regulación de la publicidad para evitar engaños, fraudes y maquinaciones indebidas por parte de los proveedores.
3. La reparación del daño siempre que algún producto sea de mala calidad o no cumpla con las condiciones establecidas en la oferta de venta; es importante apuntar que el daño se puede producir no solamente porque el producto tenga una calidad defectuosa, sino también porque no se corresponda con la publicidad realizada por el ofertante o por tener características diferentes a las que aparecían en la oferta de venta.
4. La creación de mecanismos jurisdiccionales especializados en los conflictos derivados de las relaciones jurídicas entre consumidores y usuarios por un lado, y proveedores o prestadores de servicios por otro.

²¹⁷ Al respecto, Ovalle Favela, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 559 y ss.

En relación con la protección procesal de los consumidores hay que realizar algunas reflexiones adicionales, pues se trata de un campo que demanda importantes modificaciones respecto a las visiones clásicas del derecho procesal.

Para construir una adecuada protección de los consumidores hay que considerar que muchos productores suelen estar habitualmente bien organizados para defenderse, cuentan con buena información y asesoría jurídicas y son *repeat players*, en el sentido de que una experiencia litigiosa no será para ellos una experiencia aislada sino una actividad que se repite en su esquema normal de funcionamiento. Por otro lado, los consumidores se encuentran aislados y no suelen ser más que litigantes ocasionales, que se encuentran en grave desventaja frente a la corporación oferente de bienes o servicios.²¹⁸

En este contexto, hay varias posibilidades de protección que han sido exploradas en el derecho comparado.²¹⁹ Una primera consiste en asignar a la figura del Ministerio Público la tutela de los derechos difusos de los consumidores, dándole legitimidad para promover acciones ante los tribunales.

Una segunda posibilidad consiste en crear nuevos órganos públicos especializados, siguiendo el modelo de los *ombudsman*, que se ocupen de los derechos de los consumidores; se trata de agencias administrativas, como lo puede ser en México la Procuraduría Federal del Consumidor.

Un tercer modelo consiste en otorgar legitimidad procesal a agrupaciones de carácter privado, que actúan en defensa de los derechos de los consumidores, promoviendo tanto acciones de carácter individual como acciones colectivas o de grupo; en este caso se produce una excepción al clásico principio procesal de que quien litiga lo hace en defensa de un interés propio, puesto que en este modelo se trata de defender intereses generales o de grupo. Este modelo, como lo señala Cappelletti, tiene la ventaja de superar los inconvenientes del consumidor como litigante aislado y permite hacer económicamente posible el proceso, en cuanto que se genera una cierta socialización del costo procesal al permitirse defensas de grupo o colectivas.

Un cuarto modelo es el de las acciones de clase o acciones de legitimidad abierta, mediante las que cualquier persona puede promover una demanda en los tribunales, actuando en defensa del interés público; se trata de un esquema procesal que ha tenido un gran desarrollo en los Estados Unidos de América. Hay varias cuestiones que destacar de este modelo. En primer lugar que la legitimación se otorga a cada individuo para promover en nombre de todos los afectados, concurran o no al juicio; en segundo término que la condena al pago de daños cubre, en consecuencia con lo anterior, no solamente a quienes litiga-

²¹⁸ Cappelletti, Mauro, "El acceso a la justicia de los consumidores", *cit.*, p. 123.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

ron contra el proveedor sino también a toda persona que haya sufrido un daño; en tercer lugar hay que subrayar que, para que las acciones de clase funcionen, se debe contar con una forma determinada de ejercer la abogacía, de manera que los abogados cuenten con los incentivos suficientes para concluir a satisfacción los casos (por ejemplo a través de la participación porcentual del abogado vencedor en las indemnizaciones que arroja la causa).

En materias distintas a la del derecho de los consumidores las acciones de clase se han considerado muy positivas, por ejemplo para proteger bienes de carácter ecológico, para impugnar permisos de construcción otorgados ilegalmente por la administración pública o para tutelar bienes del patrimonio nacional.²²⁰

Aunque las cuatro opciones mencionadas tienen ventajas y desventajas, lo que quizá pueda funcionar de una manera más eficaz es una solución de carácter pluralista, que genere una combinación de factores favorables para tutelar los intereses de los consumidores; así, por ejemplo, se puede dar legitimidad al Ministerio Público para promover acciones en determinados supuestos; en otros la legitimación puede estar a cargo de un organismo especializado (un *ombudsman* de los consumidores) o puede establecerse en favor de asociaciones privadas de consumidores; de manera complementaria, se puede también reconocer la posibilidad de interponer *acciones de clase* para defender ciertos intereses.²²¹

VIII. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES (ARTÍCULO 123)

No es frecuente que los libros que estudian en México los derechos fundamentales (o las garantías individuales, como se les suele llamar), analicen el tema de los derechos de los trabajadores. Tradicionalmente ha sido un aspecto reservado a los especialistas en derecho laboral, sobre el que los estudiosos del derecho constitucional no suelen detenerse; al menos no desde la óptica de los derechos fundamentales, aunque sí desde la perspectiva del significado que en 1917 tuvo la inclusión de los derechos de los trabajadores y de los campesinos en el entendimiento del papel de la Constitución en un Estado moderno.

Pese al desinterés de la teoría constitucional, me parece que el relativo a los derechos de los trabajadores es un tema no solamente relevante para el constitucionalismo, sino del todo apropiado para ser incluido en un texto que pretende estudiar los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Además, la cuestión también tiene interés si se entiende que son justamente las

²²⁰ *Ibidem*, pp. 130 y 131, donde aparecen ejemplos concretos.

²²¹ *Ibidem*, p. 132.

luchas por los derechos de los trabajadores las que, en parte, dan lugar a los modernos derechos sociales.

Por otro lado, es obvio que el artículo 123 constitucional consagra derechos fundamentales para los trabajadores; en general, puede decirse que se trata de derechos de carácter social, los cuales son el complemento natural de la libertad de trabajo, ocupación y empresa establecido en el artículo 5o. constitucional.

1. *Algunos antecedentes de los derechos de los trabajadores*

El derecho al trabajo (entendido no solamente como libertad, sino también como derecho de la sociedad en su conjunto que genera algún tipo de obligación del Estado) ha estado presente durante buena parte de la historia de los derechos fundamentales, y encuentra sus antecedentes teóricos en los autores más importantes del pensamiento de la Ilustración. No se trata, en este apartado, de hacer un recorrido exhaustivo por la historia de los derechos de los trabajadores, pero creo que puede ser de algún interés delinear ciertos momentos relevantes en la evolución del tema que nos ocupa.

Así, por ejemplo, Montesquieu escribe en su obra clásica *El espíritu de las leyes* que “Un hombre no es pobre porque no tiene nada, sino porque no trabaja. El que no tiene ningún bien, pero trabaja, vive con tanta holgura como el que tiene cien escudos de renta sin trabajar”.

Por su parte, John Locke escribió sobre el tema que nos ocupa lo siguiente:

El derecho a la existencia es el derecho primordial del hombre. Ahora bien, siendo así que, en general, los medios de existencia sólo le pueden ser dados al hombre por medio del trabajo, síguese de ello que el derecho a la existencia se torna en un derecho para todo hombre a ganarse la vida por medio de su trabajo. El Estado debe, pues, garantizar contra todo menoscabo del derecho al trabajo y a los frutos del trabajo.

Desde luego, en el primer constitucionalismo (durante la segunda mitad del siglo XVIII), la preocupación central era la libertad de trabajo y el derecho al salario. Particularmente, se genera una lucha contra el antiguo régimen para eliminar las cortapisas gremiales, de forma que progresivamente se pudiera establecer en gran escala el trabajo asalariado.²²²

Entre los instrumentos normativos que pueden señalarse como antecedentes de los modernos códigos laborales se encuentran el Edicto de Turgot de 1776 y la conocida como Ley Le Chapelier de 1791. La intención de Turgot fue eliminar

²²² Sastre Ibarreche, Rafael, *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, p. 25.

los gremios, cofradías y comunidades de artes y oficios, de forma que se dejara a un lado la organización gremial que hasta entonces había prevalecido; con ello, Turgot pensaba que se conseguiría el pleno empleo. El objetivo fundamental de la Ley Le Chapelier fue prohibir el asociacionismo laboral y las organizaciones obreras, que eran consideradas contrarias a la libertad de trabajo.²²³

2. *Los derechos laborales como derechos fundamentales: derecho mexicano y derecho internacional*

En la actualidad, para entender plenamente el derecho al trabajo como derecho fundamental de carácter social deben hacerse algunas distinciones conceptuales. La primera es que el derecho al trabajo o los derechos de los trabajadores, para efectos de este análisis, son distintos de la libertad de trabajo, que ya fue estudiada en el capítulo tercero de este libro. Esto no significa, ni mucho menos, que unos excluyan a la otra; al contrario, solamente a partir de que existe la libertad de trabajo se puede comenzar a hablar de los derechos de los trabajadores, ya que sería muy difícil sostener que estos derechos existen si no se tiene la posibilidad de escoger el trabajo que cada persona prefiera o incluso de escoger si trabajar o no. Puede afirmarse, en consecuencia, que el derecho al trabajo, como otros derechos sociales, es un “derecho bifronte”, puesto que es a la vez un derecho social y un derecho de libertad.²²⁴

Como ya se ha visto, la libertad de trabajo comporta una serie de obligaciones a cargo del Estado: la primera de ellas es la de abstenerse de impedir que los individuos desempeñen la actividad de su preferencia, siempre que sea lícita (así lo dispone el artículo 5o. constitucional, entendiendo la licitud bajo las consideraciones que se formularon en el capítulo tercero *supra*). También exige, la libertad de trabajo, que el Estado combata los monopolios o las posiciones de dominio absoluto sobre algún sector del mercado, es decir, para que la libertad de trabajo sea efectiva se requiere que el Estado salvaguarde la competencia entre los actores económicos.

Aunque en algunos ordenamientos de otros países se señala que el trabajo es una obligación de los ciudadanos,²²⁵ no es éste el caso de México, pues el artículo 123 constitucional comienza señalando que “Toda persona tiene derecho

²²³ *Ibidem*, pp. 25-27.

²²⁴ *Ibidem*, p. 89.

²²⁵ Así por ejemplo, la Constitución española de 1978 señala que “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...” (artículo 35.1). En el mismo sentido, la Constitución de Portugal establece que “El deber de trabajar es inseparable del derecho al trabajo, excepto para quienes sufran merma de su capacidad por razón de edad, enfermedad o vejez” (artículo 58.2).

al trabajo digno y socialmente útil...”. De esto se deriva que ninguna ley secundaria puede sancionar a una persona por el simple hecho de no trabajar, ya que tanto el artículo 5o. como el 123 claramente señalan que el trabajo es un *derecho* y no una *obligación*.²²⁶ Esto desde luego no quiere decir que no pueda haber distinciones entre los trabajadores y los no trabajadores por ejemplo en el régimen de la seguridad social.²²⁷ Lo que se desprende del derecho al trabajo como *derecho* es la prohibición de sancionar el “no trabajo”, por ejemplo a través de los tipos penales de “vagancia” y “malvivencia” hoy por fortuna en franca retirada de nuestra legislación penal, pero que hasta hace poco fueron armas de represión indiscriminada en manos de las autoridades administrativas y judiciales.

La primera obligación del Estado en relación con el derecho al trabajo como derecho social es promover las condiciones para que ese derecho pueda ser ejercido, lo que se traduce en la creación de ocasiones de empleo para las personas que quieran trabajar. Como lo señala el Tribunal Constitucional español,

El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo... En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma [Sentencia 22/1981].

En este sentido, no sería congruente con el derecho al trabajo una política tributaria que castigara las contrataciones de jóvenes o que desincentivara la creación de nuevos puestos de trabajo en las empresas. Aunque se trata de cuestiones que tienen que ver con el diseño y la planificación de la “macro-economía” de un país, también pueden ser analizadas (y en su caso juzgadas) desde el punto de vista del derecho constitucional, pues lo que involucran en última instancia es la posibilidad de ejercer o no un derecho fundamental; además, las políticas de pleno empleo y el papel rector del Estado en la economía están asimismo previstos en la Constitución mexicana, dentro de los artículos 25, 26 y 28. Concretamente, el párrafo primero del artículo 25 señala

²²⁶ Debe tomarse en cuenta, sin embargo, el señalamiento contenido en el artículo 5o. constitucional respecto a ciertos trabajos que sí pueden ser obligatorios.

²²⁷ Sastre Ibarreche, Rafael, *El derecho al trabajo*, cit., p. 94.

como un objetivo de la rectoría económica del Estado “el fomento del crecimiento económico y el empleo...”.

Sería imposible realizar en este momento un análisis detenido del conjunto de disposiciones que tanto en el texto constitucional como en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos regulan el derecho al trabajo. En los párrafos siguientes se dibujan simplemente algunas cuestiones en torno al tema, que sin duda deberá ser profundizado con la lectura de las obras especializadas en derecho laboral.

El derecho al trabajo en general está recogido en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como también lo están algunos derechos más concretos que guardan relación con él. Así, por ejemplo, se puede citar el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el llamado Protocolo de San Salvador), que recoge el derecho al trabajo en general (artículo 6o.) y luego le dedica un artículo a las “condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo” (artículo 7o.), a los derechos sindicales (artículo 8o.) y al derecho a la seguridad social (artículo 9o.).

Algunos aspectos concretos de los derechos laborales están igualmente en la legislación internacional. Por ejemplo, respecto de los derechos sindicales, el Protocolo de San Salvador dispone en su artículo 8o. lo siguiente:

1. Los Estados partes garantizarán:

A) El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

B) El derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

En consecuencia con el artículo que se acaba de transcribir y atendiendo a muchas otras disposiciones que garantizan la libertad de asociación también en

el ámbito sindical, la Suprema Corte estableció que las leyes que imponían la sindicación única (sucedió con las que regulaban el funcionamiento de la burocracia federal) eran violatorias del artículo 123 constitucional; así se establece, por ejemplo, en la siguiente tesis jurisprudencial:

SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL. El artículo 123 constitucional consagra la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo, una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propias. Dicha libertad debe entenderse en sus tres aspectos fundamentales: 1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo; 2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y 3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación. Ahora bien, el mandamiento de un solo sindicato de burocratas por dependencia gubernativa que establezcan las leyes o estatutos laborales, viola la garantía social de libre sindicación de los trabajadores prevista en el artículo 123, apartado B, fracción X, de la Constitución federal de la República, toda vez que al regular la sindicación única restringe la libertad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, mayo de 1999, tesis P./J. 43/99, p. 5.

El que se acaba de transcribir es un criterio muy relevante no solamente para afianzar el ejercicio de la libertad de asociación, sino también porque tiene evidentes repercusiones sobre el aparato corporativo que se había construido desde hace muchos años alrededor del Partido Revolucionario Institucional (PRI), a través del cual se manipulaba descaradamente la participación electoral de los trabajadores y los dirigentes sindicales se beneficiaban de formas legales e ilegales por dicha manipulación. Aunque ese sistema todavía no se desmonta del todo, no cabe duda que la tesis transcrita en mucho puede ayudar para ese objetivo.

De forma complementaria a los derechos de los trabajadores, fueron surgiendo históricamente los sistemas de seguridad como una vía para trasladar a las instituciones públicas el deber de asistencia de los desamparados y como una estrategia de “socialización del riesgo”, según ya lo vimos en la primera parte de este capítulo. En consecuencia con lo anterior, la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional prevé la existencia de un sistema de seguridad social. Su texto es el siguiente:

Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y ac-

cidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Sobre el tema de la seguridad social hay que recordar que el artículo 9o. del Protocolo de San Salvador dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

El artículo 123 constitucional no solamente contempla la vertiente social del derecho al trabajo, sino que buena parte de su contenido se puede articular como derechos individuales, con todas las consecuencias que ello tiene en orden a su protección jurisdiccional. Así, por ejemplo, en ese artículo se establece la duración de la jornada laboral, las previsiones básicas respecto al salario, el derecho al descanso remunerado, la participación de utilidades del trabajador sobre los beneficios de la empresa, etcétera.

IX. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Aunque no se encuentra recogido en el texto de la Constitución mexicana, quizá convenga, antes de terminar el capítulo de derechos sociales, dedicar unas breves reflexiones al derecho a la alimentación, que ha sido reconocido en varios tratados y documentos internacionales de derechos humanos.

Las hambrunas han estado presentes en la historia reciente de un buen número de países; en México, aunque el fenómeno no alcanza las proporciones que tiene en otros países, actualmente muchas personas sufren de desnutrición y un número considerable de ellas muere por enfermedades relacionadas con el hambre.

La falta de alimento, la deficiente ingestión de calorías y la desnutrición, son fenómenos que afectan de forma directa el disfrute de casi todos los derechos fundamentales, además de que tienen un impacto directo en el derecho a la salud.

Uno de los máximos analistas del fenómeno de las hambrunas es el muy reconocido economista Amartya K. Sen, Premio Nobel de Economía en 1998. Me basaré en su pensamiento para exponer algunas cuestiones generales, no de carácter jurídico, que configuran el contexto económico, social y político necesario para emprender adecuadamente el estudio del derecho a la alimentación.

1. *Hambrunas, población y democracia*

Lo primero que habría que decir es que el hambre no es, según podría pensarse, un fenómeno del pasado. Como escribe Amartya K. Sen,

En la actualidad no faltan acontecimientos terribles y desagradables pero uno de los peores es, sin duda alguna, el persistente problema general del hambre en un mundo que goza de una prosperidad sin precedentes... El hambre endémico y general causa, además, grandes sufrimientos en numerosas partes del mundo, debilitando a cientos de millones de personas y matando a una considerable proporción con inexorable regularidad estadística.²²⁸

Cuando se habla de temas relacionados con la alimentación, se suele citar la tesis de Malthus contenida en su *Ensayo sobre la población*, publicado en 1798, en el que se anticipaba que el crecimiento de la población sobrepasaría las capacidades productivas del planeta, particularmente en lo referido a los alimentos.

Las profecías de Malthus no se han cumplido, por fortuna; pero es obvio que la población ha crecido diametralmente en los últimos siglos. La especie humana tardó millones de años en sumar la cantidad de 1,000 millones de personas en el planeta, pero solamente 123 años en llegar a los 2,000 millones, 33 años en llegar a los 3,000 millones, 14 años en llegar a los 4,000 millones y 13 años en llegar a los 5,000 millones.²²⁹ ¿Esta cantidad de habitantes del planeta ha disminuido la existencia de alimentos para cada uno de ellos? La respuesta que ofrecen las más fiables estadísticas parece que es negativa, pues, con excep-

²²⁸ Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000, p. 250.

²²⁹ *Ibidem*, p. 256. Un ensayo bastante original y polémico sobre el crecimiento poblacional es el de Sartori, Giovanni y Mazzoleni, Gianni, *La tierra explota. Superpoblación y desarrollo*, Madrid, Taurus, 2003; los autores recuerdan que actualmente la población del mundo crece a un ritmo de 230,000 personas cada día, lo que significa que cada mes el planeta tiene 7 millones más de habitantes; al año se suman a la tierra 84 millones más de personas, lo que representa algo así como dos veces la población de España o una vez la población de Alemania.

ción del continente africano, la producción de alimentos ha crecido en todas las regiones del mundo y los precios de los alimentos básicos han disminuido en casi un 70% en los últimos 50 años.²³⁰

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que la violación del derecho a la alimentación se puede dar no por falta de alimentos, sino por falta de capacidad de alguna persona para hacerse con esos alimentos, ya sea que los produzca por sí misma o que los adquiera en el mercado;²³¹ esto guarda relación con la organización general de carácter económico y político que se adopte, así como con las posibilidades de producción e intercambio con que cuente una persona.

Por su relación con el tema de los derechos fundamentales hay que poner de relieve el vínculo estrecho entre el tipo de sistema político y la presencia de hambrunas. Sen afirma, con evidencia empírica contundente, que un sistema democrático por sí solo (es decir, con independencia de las condiciones económicas del país de que se trate) puede hacer frente a una hambruna o incluso prevenirla. Viviendo en democracia, sostiene, la amenaza de que se produzcan hambrunas en un país genera una presión enorme para los gobernantes, que cuentan con fuertes incentivos para tratar de combatirlas o prevenirlas. Por otro lado, un sistema democrático permite un mayor acceso a la información, lo cual tiene una influencia decisiva en contra de las hambrunas; nuestro autor escribe que

La libertad de prensa y la práctica de la democracia contribuyen de manera extraordinaria a sacar a relucir información que puede influir enormemente en las medidas que se adopten para prevenir las hambrunas (por ejemplo, la información sobre los efectos iniciales de las sequías y las inundaciones y sobre la naturaleza y las consecuencias del paro). La fuente más elemental de información básica procedente de zonas distantes sobre una amenaza de hambruna son los medios de prensa con iniciativa, sobre todo cuando hay incentivos —proporcionados por un sistema democrático— para sacar a la luz hechos que pueden resultar embarazosos para el gobierno (hechos que un gobierno autoritario tendería a censurar). En consecuencia, creemos que una prensa libre y una oposición política activas constituyen el mejor sistema de alerta inmediata que puede tener un país amenazado por hambrunas.²³²

Después de haber hecho mención de estas cuestiones generales, corresponde examinar los fundamentos jurídicos del derecho a la alimentación, a efecto de conocerlos y precisar su alcance.

²³⁰ Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, cit., pp. 252 y 253, cuadros 9.1 y 9.2.

²³¹ *Ibidem*, p. 200.

²³² *Ibidem*, p. 223.

2. *El derecho a la alimentación como derecho fundamental*

Aunque ya existía una mención sobre el derecho a la alimentación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (artículo 25.1), este derecho se comienza a regular de forma más detallada a partir de la expedición del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²³³ cuyo artículo 11 establece, en la parte que nos interesa en este momento, que

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso *alimentación*, vestido y vivienda...

2. Los Estados partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto en los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

A nivel regional, el derecho a la alimentación se reconoce por ejemplo en el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido ratificado por México;²³⁴ el texto del precepto mencionado es el siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

²³³ Sobre los antecedentes y el marco jurídico internacional del derecho a la alimentación, *cfr.* Villán Durán, Carlos, "Contenido y alcances del derecho a la alimentación en el derecho internacional", en VV. AA., *El derecho a la equidad*, Barcelona, Icaria, 1997.

²³⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10. de septiembre de 1998.

El derecho a la alimentación también figura en algunos tratados sectoriales de derechos humanos; por ejemplo en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 27 hace referencia incluso a aspectos muy concretos relacionados con ese derecho; tal es el caso de la cuestión relativa a la pensión alimenticia que incumbe a las personas responsables del menor y para cuya eficaz cobertura la Convención instruye a los Estados para que promuevan la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados, particularmente en el caso en que el responsable viva en un país distinto a aquel en el que vive el menor. La misma Convención se refiere a la obligación de los Estados parte de tomar medidas a fin de combatir la malnutrición, así como para asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los menores, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, y sobre todo las ventajas de la lactancia materna (artículo 24, párrafo 2, incisos C y D).

De los preceptos que se acaban de mencionar se puede colegir que el derecho a la alimentación forma parte del concepto más amplio de “calidad de vida”,²³⁵ que se relaciona con el conjunto de derechos sociales que se han estudiado en el presente capítulo.

También hay que destacar que, como se desprende de los textos transcritos, tanto el Pacto Internacional como el Protocolo de San Salvador hacen referencia al importante tema de la producción y distribución de los alimentos, sin las cuales no se podrá satisfacer adecuadamente el derecho a la alimentación.

El derecho a la alimentación ha sido estudiado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 12, dictada en 1999, y cuyo objeto es precisar los alcances que se derivan del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²³⁶

Aparte de la Observación General número 12, es importante mencionar también que en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se han preparado varios documentos a manera de informes de relatores especiales que precisan el alcance del derecho a la alimentación; dos reportes relevantes por su carácter justamente informativo son el informe “El derecho a una alimenta-

²³⁵ Al respecto, Martín Mateo, Ramón, “La calidad de vida como valor jurídico”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, cit., t. II, pp. 1437 y ss. Desde una perspectiva amplia, no restringida a los aspectos jurídicos, uno de los textos más importantes sobre el tema es el de Nussbaum, Martha C. y Sen, Amartya (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

²³⁶ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 562 y ss.

ción adecuada y a no padecer hambre. Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación”, elaborado por Absjorn Eide en 1999,²³⁷ y el informe “El derecho a la alimentación”, preparado por Jean Ziegler en 2001.²³⁸

Se trata de dos de los varios documentos que tienen gran interés para el tema que se está estudiando, pues conjugan con mucha precisión las cuestiones empíricas y las normativas. Veamos con algún detalle su contenido antes de entrar al análisis de la ya mencionada Observación General número 12, que nos permitirá precisar el significado y alcances del derecho a la alimentación y las posiciones subjetivas que se derivan del mismo.

Hay que decir que ambos informes de los relatores especiales muestran muchos puntos de coincidencia, puesto que el de Ziegler —que es posterior en el tiempo— toma en cuenta casi todos los aspectos abordados por Eide y los desarrolla o pone al día.

Antes de analizar los documentos mencionados hay que señalar que algunas indicaciones relacionadas con el derecho a la alimentación se encuentran contempladas en el ordenamiento jurídico mexicano dentro de la Ley General de Salud, a partir de una reforma publicada el 19 de junio de 2003. De acuerdo con esa reforma, se le agregó un párrafo al artículo 114 de la Ley para establecer que

La Secretaría de Salud, las entidades del sector salud y los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, formularán y desarrollarán programas de nutrición, promoviendo la participación en los mismos de los organismos nacionales e internacionales cuyas actividades se relacionen con la nutrición, alimentos, y su disponibilidad, así como de los sectores sociales y privados.

Además, en los artículos 210 y 212 se precisan los requisitos que, en materia de información al consumidor, deberán de tener los productos alimenticios.

A. Cuestiones empíricas

El informe de Eide comienza con el reconocimiento de que el combate al hambre ha fracasado en el mundo y que ello “constituye una de las deficiencias más graves del programa relativo a los derechos humanos” (párrafo 1). La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, recuerda Eide, ha reafirmado que el hambre “constituye un ultraje y una violación de la dignidad humana” (párrafo 85).

²³⁷ Figura en el documento E/CN.4/Sub.2/1999/12.

²³⁸ Figura en el documento E/CN.4/2001/53.

En ambos informes se destaca que la cifra de personas que padece hambre en el mundo es de más de 800 millones (Eide, párrafo 3, Ziegler, párrafos 3 a 7). En los dos informes se aportan datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, por sus siglas en inglés), según los cuales 826 millones de personas padecen actualmente desnutrición crónica y grave. Esta cifra alcanza niveles dramáticos en Asia, en donde la sufre el 24% de la población (equivalente a unos 515 millones de personas) y en el África subsahariana, en donde la padece el 34% de la población (equivalente a uno 186 millones de personas). Una parte relevante de esas personas sufren lo que la FAO considera “hambre extrema”, que es la que afecta a quienes ingieren menos de 300 calorías al día.

Estas cifras deben analizarse de forma conjunta con otras que nos dan cuenta de los efectos del hambre; así, por ejemplo, entre las repercusiones de la malnutrición tenemos que 208 millones de personas padecen retraso de crecimiento, 50 millones están afectadas de daño cerebral por carencia de yodo, 3 millones de niños están expuestos a riesgos de infección, ceguera y muerte por falta de vitamina A, 2,000 millones de personas están afectadas por falta de hierro y por anemia y así por el estilo (Eide, párrafo 14).

La malnutrición en la primera etapa de la vida (la que afecta a niños menores de seis años) predetermina o “programa” a los individuos a padecer ciertas enfermedades durante toda su existencia y genera un ciclo biológico que limita las posibilidades de desarrollo de las personas y, en consecuencia, el goce de los derechos fundamentales (Eide, párrafos 20 y 21). La malnutrición afecta de manera más sensible a las mujeres y a las niñas, las cuales —en los países en desarrollo— comienzan embarazos precoces afectadas por desnutrición y dan a luz a niños que nacen con bajo peso; la malnutrición de la madre y del niño durante la lactancia puede ocasionar la presencia de enfermedades infecciosas y afectar el desarrollo encefálico de los menores (Eide, párrafo 23).

Es importante señalar la importancia que tiene la alimentación por medio de la leche materna, al menos hasta que los recién nacidos cumplan seis meses. De acuerdo con Eide (párrafo 26),

El Estado tiene la obligación de *respetar* el derecho de la mujer a proporcionar ese alimento y de *proteger y facilitar* las condiciones necesarias para que pueda hacerlo durante seis meses. Esto puede requerir medidas legislativas y de apoyo, que protejan a las madres de las situaciones que las obligan a suspender el amamantamiento y a utilizar alimentos alternativos, incluidos los sucedáneos de la leche materna...

En el derecho mexicano, la fracción V del apartado A del artículo 123 constitucional garantiza algunas condiciones favorables para la mujer trabajadora

durante el periodo de lactancia, aunque no lo define en cuanto a su extensión temporal.

El derecho a la alimentación se puede entender como

el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida síquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna (Ziegler, párrafo 14).

El objetivo que busca alcanzar el derecho a la alimentación es la seguridad alimentaria, la cual se define según Eide como “el acceso de todas las personas en todo momento a los alimentos necesarios para una vida sana y activa. Alcanzar la seguridad alimentaria significa garantizar que se disponga de suficientes alimentos, que los suministros sean relativamente estables y que quienes los necesiten puedan obtenerlos” (párrafo 60).

El logro de la seguridad alimentaria implica variaciones según la edad de los titulares del derecho a la alimentación; así, por ejemplo, un lactante requiere de 300 calorías al día; a partir del primero o segundo año se requieren 1,000 calorías; a los cinco años se requieren 1,600 calorías por día y un adulto necesita entre 2,000 y 2,700 calorías al día, dependiendo de la región en la que habita y del trabajo que realiza (Ziegler, párrafo 15).

Eide concuye su informe con algunas recomendaciones, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

- Los Estados deben elaborar indicadores nacionales sobre la inseguridad alimentaria, o ampliar los ya existentes.
- Se deben establecer mecanismos apropiados para manejar los aspectos técnicos relativos a la alimentación y nutrición.
- En todos los países deben establecerse consejos nacionales de nutrición.

Para alcanzar la seguridad alimentaria es muy probable que se requiera de una regulación internacional sobre las semillas de los granos básicos, que constituyen la principal fuente alimenticia del planeta. Dicha regulación debería de tener entre sus objetivos impedir la apropiación monopólica de la producción de semillas, evitar que dicha producción tenga efectos perjudiciales sobre el medio ambiente y que no se sometan a procesos de modificación genética que puedan generar efectos nocivos sobre la salud de las personas.²³⁹

²³⁹ Algunos de estos aspectos son analizados, desde una perspectiva no jurídica, por Shiva, Vandana, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003; sobre el mismo tema, Shiva, Vandana, “Derecho a la alimentación, libre

El informe de Ziegler precisa algunas de las cuestiones que se han mencionado en los párrafos anteriores. Por ejemplo, Ziegler relaciona el tema del derecho a la alimentación con el derecho al agua potable y recuerda algunas cifras preocupantes: en todo el mundo más de 1,000 millones de personas no tienen conexión a una red moderna de abastecimiento de agua; 2,400 millones no disponen de instalaciones adecuadas de saneamiento; bastarían 10,000 millones de dólares al año para asegurar en poco tiempo que todas las personas del planeta tuvieran acceso al agua potable. Aunque pueda parecer una cifra aparatosa, Ziegler recuerda que esa cantidad es el equivalente de lo que los europeos se gastan en helados o la quinta parte de lo que los habitantes de los Estados Unidos de América gastan anualmente en alimentos para sus animales domésticos (párrafo 33).

Una cuestión que afecta al derecho a la alimentación es la que se refiere a la manipulación genética de los alimentos, técnica que se practica en varios países, generalmente sin control adecuado. Ziegler señala que el derecho a la alimentación supone el acceso a alimentos sanos, exentos de cualquier sustancia nociva, de forma que su ingestión no produzca resultados perjudiciales para la salud y el desarrollo de las personas (párrafo 73).

Para hacer realidad el derecho a la alimentación Ziegler indica que se tienen que superar obstáculos económicos y sociales; entre los de carácter social menciona varios, pero hay dos sobre los que conviene detenerse pues tienen una especial relevancia para el caso de México. Ziegler menciona, con base en la Declaración de la Cumbre Mundial de la Alimentación (Roma, 1996) que la corrupción es una de las causas de la inseguridad alimentaria y pone varios ejemplos de países que han utilizado la ayuda internacional para alimentos en la compra de armas; o bien, los fondos destinados a ese objetivo han ido a parar a las cuentas personales de los gobernantes en turno (párrafo 75).

Otro obstáculo de carácter social que conviene mencionar es el que se refiere a la discriminación contra las mujeres, sobre el que también había reparado Eide en su informe; el problema, como ya se ha mencionado, es doble, ya que por una parte las mujeres y las niñas figuran entre las primeras víctimas de las hambrunas, mientras que por otra son las que transmiten las secuelas de la malnutrición de generación en generación (Ziegler, párrafo 78); por lo anterior, la lucha contra la discriminación de la mujer se puede constituir, simultáneamente, en una lucha por el derecho a la alimentación.

B. *Cuestiones normativas*

Aunque ya hay más de 20 países en cuyas Constituciones se consagra el derecho a la alimentación o una norma similar (Ziegler, párrafo 52), puede decirse, para efectos de la presente exposición, que las cuestiones normativas sobre el derecho a la alimentación se desprenden fundamentalmente de los textos internacionales a los que ya se ha hecho referencia, para cuya interpretación es indispensable atender al contenido de la Observación General número 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. La Observación General mencionada toma muchos elementos de la Observación General número 3, dictada por el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Observación General número 3 es la que define las obligaciones que para los Estados parte se desprenden del contenido del Pacto (su contenido ya ha sido examinado en este capítulo, dentro del apartado que aborda el tema de las obligaciones de los Estados derivadas del Pacto).

La OG número 12 precisa que el derecho a la alimentación tiene mucha importancia porque permite el pleno disfrute de todos los demás derechos, y añade que es un derecho que corresponde a todas las personas, sin hacer ninguna distinción entre ellas (párrafo 1).

El derecho a la alimentación se proyecta sobre el concepto más amplio, fundamental para el tema de los derechos humanos, de la justicia social, “pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos...” (párrafo 4).

El Comité reconoce que el origen del problema del hambre no está, como ya lo hemos visto al exponer las tesis sobre las hambrunas de Amartya Sen, en la falta de alimentos suficientes, sino “en la falta de acceso a los alimentos disponibles, por parte de grandes segmentos de la población del mundo entre otras razones, a causa de la pobreza” (párrafo 5).

El derecho a la alimentación no puede reducirse a un asunto de calorías, sino que comporta otros muchos factores. Por ejemplo, la obligación del Estado de adoptar medidas para mitigar el hambre en caso de desastre natural o de otra índole (párrafo 6).

El contenido básico del derecho a la alimentación, sostiene el Comité (párrafo 8), es el siguiente:

- La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.

—La accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

A partir de estas definiciones, el Comité aborda con mayor detalle el contenido básico del derecho en cuestión. Así, por ejemplo, señala que por necesidades alimentarias,

se entiende que el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación [párrafo 9].

Al hablar de la ausencia de sustancias nocivas, el Comité se refiere a los requisitos de inocuidad de los alimentos, lo que supone una serie de obligaciones tanto de los poderes públicos como de los particulares, a fin de evitar que los alimentos se contaminen por la adulteración, la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en algún momento del ciclo de producción (párrafo 10).

La accesibilidad de los alimentos, según el Comité, debe entenderse de dos maneras: accesibilidad económica y accesibilidad física. La primera implica que los costos financieros personales o familiares asociados a la adquisición de alimentos estén a un nivel que no amenacen la provisión o satisfacción de otras necesidades básicas; para garantizarla, el Estado en algunos casos tendrá que implementar programas especiales, por ejemplo en favor de las personas sin tierra o de otros grupos particularmente empobrecidos de la población. Por su parte, la accesibilidad física significa que los alimentos estén al alcance de todos, incluso de los individuos físicamente vulnerables, de las personas de edad, de los lactantes y de los niños, de las personas con alguna discapacidad, de los moribundos, etcétera (párrafo 13).

Al referirse a las obligaciones y violaciones que se pueden dar en el derecho a la alimentación, el Comité sigue la clasificación de los tipos de obligaciones que ya se examinaron en apartados precedentes de este capítulo y habla de obligaciones de respetar, de proteger y de realizar (hacer efectivo o facilitar).

La obligación de respetar requiere que los Estados parte no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir el acceso a una alimentación adecuada por parte de todas las personas que se encuentran en su territorio.

La obligación de proteger requiere que el Estado parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. En el ordenamiento constitucional mexicano, como ya fue analizado en el capítulo relativo a los derechos de libertad al tratar

el tema de las libertades económicas y sus límites, los poderes públicos tienen un mandato reforzado para proteger el derecho a la alimentación, pues el artículo 28 de la carta magna, en sus párrafos segundo y tercero establece que

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

La obligación de realizar es entendida por el Comité en el sentido de facilitar y en el sentido de hacer efectivo el derecho a la alimentación. La obligación de facilitar consiste en que el Estado parte debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y vías que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por su parte, la obligación de hacer efectivo el derecho a la alimentación consiste en tomar todas las medidas para que el derecho a la alimentación sea realizado cuando un individuo o un grupo sean incapaces, por razones que escapan a su control, de disfrutar de ese derecho por los medios que tienen a su alcance (párrafo 15).

Las violaciones al Pacto se producen, como ya lo establece la Observación General número 3 para todos los derechos económicos, sociales y culturales, cuando los Estados parte no garantizan al menos un nivel mínimo esencial que proteja a su población contra el hambre (párrafo 17).

El Comité reconoce que el derecho a la alimentación vincula no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares y que éstos pueden en consecuencia violar ese derecho; en concreto, señala que “Las violaciones del derecho a la alimentación pueden producirse por actos realizados directamente por los Estados o por otras entidades insuficientemente reguladas por los Estados” (párrafo 19). Desde luego, el Comité reconoce que solamente los Estados son

parte en el Pacto y los responsables últimos de su cumplimiento, pero aclara que toda la sociedad es responsable de la realización del derecho a la alimentación. Así, el Comité señala que “El sector empresarial privado, tanto nacional como transnacional, debería actuar en el marco de un código de conducta en el que se tuviera presente el respeto del derecho a una alimentación adecuada, establecido de común acuerdo con el gobierno y la sociedad civil” (párrafo 20).

Siguiendo el esquema de la Observación General número 3, el Comité señala que los Estados parte deben elaborar una estrategia nacional que garantice la seguridad alimentaria y la nutrición para todos, procediendo a formular las políticas públicas y los indicadores que sean necesarios para ese efecto (párrafo 21).

La formulación de la estrategia debe tener en cuenta los principios de responsabilidad, transparencia, participación popular, descentralización, capacidad legislativa e independencia de la magistratura; la estrategia debe precisar las responsabilidades de cada nivel de gobierno y de cada autoridad, así como concretar un marco temporal de aplicación de las medidas necesarias (párrafos 23 y 24).

Los Estados parte deben también evitar la discriminación en el acceso a los alimentos, para lo cual deben tener en cuenta los siguientes elementos (párrafo 26):

- Garantías de un acceso completo y equitativo a los recursos económicos, especialmente para las mujeres, incluido el derecho a heredar y a poseer tierras y otros bienes, y el derecho de acceso al crédito, a los recursos naturales y a una tecnología adecuada.
- Medidas para respetar y proteger el trabajo por cuenta propia y los trabajos remunerados de modo que aseguren una vida digna para los asalariados y sus familias.
- Mantener registros sobre los derechos a la tierra, incluidos los bosques.

Tanto la estrategia nacional como la prohibición de discriminar en el acceso a los alimentos deben estar, según el Comité, en una ley marco, que sea la base de aplicación del derecho a la alimentación dentro del territorio de cada Estado parte (párrafo 29).

Los Estados deben crear los recursos judiciales necesarios para proteger ante los tribunales el derecho a la alimentación y las comisiones de derechos humanos deben atender también esas posibles violaciones (párrafo 32).

El Comité sugiere que el orden jurídico nacional de cada Estado parte introduzca como derecho interno las disposiciones que sobre el derecho a la alimen-

tación existen en los instrumentos internacionales, de forma que se pueda “mejorar de modo importante el alcance y la eficacia de las medidas de remedio” frente a las violaciones del derecho (párrafo 33).

Los Estados no deben utilizar los alimentos como una forma de presión hacia otros Estados; es decir, el Comité señala que no están permitidos los embargos o medidas semejantes que se apliquen sobre los alimentos en el plano de las relaciones internacionales (párrafo 37).

Po último, el Comité señala que en materia de derecho a la alimentación es muy recomendable la asistencia internacional, pero que dicha asistencia debe respetar a los productores locales, evitando afectarlos negativamente, y debe basarse en las necesidades de los beneficiarios previstos; los productos que figuren en el comercio internacional o en los programas de asistencia deben ser sanos y aceptables culturalmente para las poblaciones beneficiarias (párrafo 39).

X. DERECHO AL AGUA

Como ya hemos visto, una manifestación concreta del derecho a la alimentación se relaciona con el “derecho al agua”, es decir, con el derecho a acceder y utilizar en cantidades suficientes y bajo condiciones sanitarias adecuadas la cantidad de agua que necesitamos para llevar una vida digna.

Para algunos analistas, el tema del derecho al agua acerca a la teoría de los derechos fundamentales al iusnaturalismo, por dos razones principalmente: la primera porque se trata de defender un derecho que no está recogido con claridad en casi ningún ordenamiento jurídico; la segunda porque al tratarse de una cuestión biológica en sentido estricto (en la medida en que nuestro cuerpo está formado en un 70% de agua y ese nivel es esencial para la vida, y por tanto para el disfrute del resto de derechos), parecería ser una exigencia derivada de forma directa e inmediata de la “naturaleza humana”.²⁴⁰

Aunque es un tema sobre el que apenas se han empezado a generar los primeros estudios,²⁴¹ conviene tenerlo presente, pues en México y en muchos otros países será una cuestión de la mayor importancia dentro de muy poco tiempo.²⁴² De hecho, en la actualidad ya hay problemas serios de abastecimiento de agua en muchas partes del territorio nacional, lo cual ha generado diver-

²⁴⁰ Fantini, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *Teoria Politica*, Milán, año XVIII, núm. 2 de 2002, p. 4.

²⁴¹ Uno de ellos, realizado desde el ámbito de la ciencia política, aunque interesante en lo general para el debate jurídico, es el de Fantini, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *cit.*, pp. 3-15.

²⁴² En nuestro país se le empieza a catalogar como una cuestión de “seguridad nacional”.

sas reacciones de los particulares y de las autoridades, incluyendo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como veremos más adelante. Según datos internacionales, 12% de la población en México no tiene acceso sostenible a fuentes de agua mejoradas;²⁴³ y es probable que este porcentaje se eleve sensiblemente en los próximos años.

1. *El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos*

El tema del derecho al agua ha sido abordado desde una óptica internacional, a través de tres interesantes documentos producidos en el seno de las Naciones Unidas. El primero es el informe preliminar presentado por el relator especial El Hadji Guissé sobre la “Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 2002;²⁴⁴ el segundo es el “Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo”, coordinado por la UNESCO, realizado por 23 agencias de las Naciones Unidas y publicado a principios de 2003; el tercer documento es la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.²⁴⁵

Antes de comenzar el estudio de esos documentos conviene mencionar que el derecho al agua encuentra su fundamento jurídico dentro del derecho internacional de los derechos humanos en varias disposiciones, tanto de carácter general como sectoriales. Así, por ejemplo, se encuentra contenido en el derecho a la salud establecido por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o en el derecho a la vivienda y a la alimentación del artículo 11 del mismo Pacto. Además, está expresamente mencionado en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (la CEDAW) y en el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño.

En el documento citado del relator especial se da cuenta de la problemática mundial sobre el acceso al agua y se apunta la debilidad de las construcciones jurídicas en torno a esa necesidad básica. Para empezar, el relator cita un dato estrictamente biológico del que no podemos desentendernos: el contenido mis-

²⁴³ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2003*, Madrid, Mundiprensa, 2003, p. 245.

²⁴⁴ Figura en el documento E/CN.4/Sub.2/2002/10.

²⁴⁵ Se encuentra en el documento E/C.12/2002/11; fue aprobada durante el 29o. periodo de sesiones del Comité, celebrado del 11 al 29 de noviembre de 2002.

mo del cuerpo humano está formado en gran parte de agua; entre un 58% y un 67% en los adultos y entre un 66% y un 74% en los recién nacidos.

Los datos que aporta en su informe son alarmantes, por más que sean ya conocidos: 1,500 millones de personas no tienen acceso a agua potable en el mundo y 4,000 millones carecen de servicios de saneamiento adecuados. Un dato todavía más escalofriante si cabe: el 80% de las enfermedades se transmiten a través del agua, lo cual demuestra la necesidad de asegurar un cierto nivel de calidad en la provisión del líquido. El futuro no se presenta muy halagüeño; el relator calcula que para 2025 cerca de 3,000 millones en todo el planeta sufrirán escasez de agua.

La escasez de agua se produce por muchas razones; entre ellas el relator especial identifica las siguientes: la destrucción de las cuencas hidrográficas, la deforestación, los efectos nocivos de las prácticas agrícolas basadas en la utilización masiva de plaguicidas y otros productos químicos y la descarga de desechos tóxicos en los mantos acuíferos. En el caso de las grandes ciudades mexicanas habría que añadir que la escasez se produce por el nulo mantenimiento de la red de conducción de agua, por sus constantes fugas, por la sobreexplotación de los mantos freáticos, por el irracional uso que la población hace del agua y por la falta de planeación estratégica de las autoridades, entre otras cuestiones.

El objetivo del derecho al agua, explica el relator en su documento, es “garantizar a cada persona una cantidad mínima de agua de buena calidad que sea suficiente para la vida y la salud, es decir, que le permita satisfacer sus necesidades esenciales que consisten en beber, preparar los alimentos, conservar la salud y producir algunos alimentos para el consumo familiar” (párrafo 19).

Entre las obligaciones que para los Estados se generan a partir del derecho al agua (no concebido, todavía, como derecho autónomo, pero sí derivado de otros derechos) el relator señala las de tipo positivo y las de tipo negativo; entre las obligaciones positivas menciona la de suministrar agua potable, la de evacuar las aguas residuales y la de darles tratamiento; entre las negativas menciona la de no interrumpir el servicio de agua. En ambos casos los Estados tienen la obligación de igualdad de trato hacia los distintos usuarios.

El derecho al agua se relaciona con otros derechos humanos. El relator señala varios casos, de entre los que conviene mencionar el derecho a la paz, pues en su opinión la escasez de agua es foco de conflictos, tanto en las relaciones entre Estados como hacia el interior de un país. Este asunto es especialmente importante en México, en donde se han generado importantes tensiones sociales por la falta de aprovisionamiento de agua a determinadas comunidades. A reserva de lo que más adelante se dirá sobre el caso del Distrito de Riego 025,

en varias ciudades del país se han registrado enfrentamientos, por la falta de agua, entre grupos de personas y la policía. Los habitantes han tenido que manifestarse cerrando vialidades importantes o agrediendo a las fuerzas de seguridad para que las autoridades los atendieran. La represión estatal ha estado presente en muchos casos.

El relator también destaca la relación entre el derecho al agua y el derecho a la libre determinación. ¿Puede haber libre determinación de un país si el agua que consume pasa por otro país que le puede cortar en cualquier momento el suministro? El grado de injerencia en temas relacionados con el agua puede ser muy alto, como en México lo sabemos bien, sobre todo en la frontera norte en relación con el intercambio de recursos hídricos con los Estados Unidos de América.

Desde luego, el derecho al agua está muy vinculado con el derecho a la vivienda, pues como ya se ha visto en este mismo capítulo, no puede hablarse de vivienda digna y decorosa si no se cuenta con agua potable en la misma.

La escasez de agua, como se encarga de poner de manifiesto el relator especial, afecta al derecho a la educación, particularmente en el caso de las niñas, las cuales asumen la tarea en muchos casos de trasladar el agua desde grandes distancias hacia el hogar. El relator describe el dramatismo de la situación:

En lo que respecta a las necesidades domésticas de agua para beber, preparar los alimentos, lavar la ropa, fregar los platos y lavarse, son las mujeres, de preferencia las jóvenes e incluso las niñas, las que con un barreño sobre la cabeza recorren largas distancias, a menudo varias veces, para llegar al punto de agua más cercano. El camino a la escuela no lo conocen [párrafo 45].

Por lo que respecta al “Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo”, coordinado por la UNESCO, conviene considerar los siguientes puntos importantes.

El informe destaca que aunque pudiera pensarse que el agua sobra en el planeta, lo cierto es que solamente el 2.53% del total es agua dulce; de ese pequeño porcentaje hay que tomar en cuenta que la mayor parte se encuentra inmovilizada en los glaciares y en las nieves perpetuas.

También retoma el informe el asunto de la contaminación de las aguas y menciona que 2 millones de toneladas de desechos son arrojados cada día en aguas receptoras; la producción global de aguas receptoras es de 1,500 kilómetros cúbicos, lo que da como resultado que el 50% de la población que vive en los países en vías de desarrollo esté expuesta a aguas contaminadas.

Las proyecciones hacia el futuro, si no se toman medidas drásticas, no son muy halagüeñas; hacia el año 2050 se calcula que 7,000 millones de personas en 60 países sufrirán escasez de agua, aunque si las tendencias se corrigen dicha escasez afectará únicamente a 2,000 millones de personas en 48 países.

La UNESCO ubica, entre otros, los siguientes desafíos mundiales en torno al agua:

- Satisfacer las necesidades humanas básicas; de acuerdo con algunos estudios, cada ser humano necesita entre 20 y 50 litros de agua no contaminada cada día.
- Proteger los ecosistemas en bien de la población y del planeta. La degradación ecológica ha suscitado cambios medioambientales que han reducido la disponibilidad de recursos hídricos; al haberse roto varios ciclos naturales la recarga de los mantos acuíferos no se da de forma completa, lo cual tiene impactos en la agricultura y en el suministro de agua para las grandes concentraciones de población.
- Satisfacer las necesidades de los entornos urbanos. Hay que considerar que para el año 2030 el 60% de la población mundial vivirá en pueblos y ciudades, lo cual requiere de una gestión planificada y racional del agua.²⁴⁶ Este desafío también comporta la conexión de una toma de agua en las viviendas existentes y en las que se vayan construyendo.
- Asegurar el abastecimiento de alimentos para una población mundial creciente. Sobre este desafío conviene remitir a lo que se dijo en el apartado sobre el derecho a la alimentación.
- Promover una industria más limpia en beneficio de todos. En el mundo el uso industrial del agua supone el 22% del total, aunque en los países desarrollados esa cifra alcanza 59% y en los países con desarrollo medio y bajo apenas llega al 10%. Para cubrir este desafío es importante contar con la participación decidida del sector privado, haciendo responsables a los particulares por el uso racional del agua que consuman.
- Utilizar la energía para cubrir las necesidades del desarrollo. Se propone utilizar el agua para generar electricidad, la cual a su vez tiene una incidencia directa en el combate a la pobreza. El uso de la energía hidráulica puede reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y de muchos otros contaminantes.

²⁴⁶ Una buena introducción a los temas relacionados con la gestión de entornos urbanos puede verse en el libro de Borja, Jordi y Castells, Manuel, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 2002.

—Compartir el agua. Ya se ha hecho referencia a los potenciales conflictos que se pueden desatar por causa del agua. La idea de este desafío va en el sentido de señalar que un uso responsable del agua implica que se comparta, por medio de acuerdos que garanticen una correcta gestión interregional y transfronteriza.

La Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU viene a sintetizar de forma clara y bastante acertada el estado de la problemática del derecho al agua y a precisar sus alcances jurídicos. En algunas de sus partes retoma conceptos que ya estaban contenidos en los dos documentos que acabamos de analizar.

La OG 15 comienza reconociendo la importancia que tienen los recursos hídricos en nuestro mundo: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (párrafo 1).

El Comité define el derecho al agua como

el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica (párrafo 2).

El Comité reconoce que el derecho al agua es de carácter complejo, en tanto que involucra tanto libertades como derecho a acciones positivas por parte del Estado:

las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua [párrafo 10].

El Comité señala ciertos factores que deberán estar presentes en cualquier circunstancia para asegurar el derecho al agua (párrafo 12):

—*Disponibilidad*: el abastecimiento de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente; la cantidad de ese abastecimiento tiene que ade-

cuarse a los estándares establecidos por la Organización Mundial de la Salud.

- Calidad*: el agua disponible debe ser salubre y por tanto no contener microorganismos o sustancias químicas y radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas, lo que incluye un adecuado color, olor y sabor.
- Accesibilidad*: el agua debe ser accesible para todos dentro del territorio de un Estado; la accesibilidad tiene cuatro distintas dimensiones:
 - a) accesibilidad física, lo que significa que se pueda acceder al suministro de agua desde cada hogar o lugar de trabajo, o que se le encuentre en las cercanías inmediatas;
 - b) accesibilidad económica, lo que significa que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles para todos;
 - c) no discriminación, que comprende la posibilidad de que todos accedan al agua, sobre todo los sectores más vulnerables y marginados de la población, y
 - d) acceso a la información, de modo que cualquier persona pueda solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones relacionadas con el agua.

El Comité se detiene en un aspecto central del derecho al agua al señalar medidas específicas para tutelar ese derecho en favor de los grupos vulnerables. Particularmente señala el especial énfasis que las autoridades deben poner en el abastecimiento de agua de las mujeres (que en muchos casos tienen la carga de conseguir el agua), de los niños (que pueden ver conculcado su derecho a la educación por falta de agua en las instituciones de enseñanza o en su hogar), de los habitantes de las zonas rurales, de los pueblos indígenas, de las comunidades nómadas y errantes, de los refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y repatriados, de los presos y detenidos, así como de las personas que tienen dificultades para acceder al agua por sus condiciones físicas, como son los adultos mayores, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales o los habitantes en zonas áridas (párrafo 16).

El Comité también señala que los Estados deben tomar medidas no solamente para garantizar el abasto de agua para las actuales generaciones, sino también para las generaciones futuras. Con la finalidad de lograrlo, se proponen una serie de medidas que el Estado debe tomar, entre las que se encuentran las siguientes (párrafo 28):

- Reducción de la disminución de recursos hídricos por extracción, desvío o contención.
- Reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radicación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos.
- Vigilancia de las reservas de agua.
- Aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores.
- Reducción del desperdicio durante el proceso de distribución.

Siguiendo la terminología adoptada desde la Observación General número 3, el Comité señala en la OG 15 las obligaciones básicas de los Estados en relación con el derecho al agua (párrafo 37):

- Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el consumo personal y doméstico, así como para prevenir las enfermedades.
- Asegurar el derecho de acceso al agua sin discriminación, especialmente por lo que hace a los grupos vulnerables o marginados.
- Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular, que tengan las salidas necesarias para evitar largos tiempos de espera y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando se acuda en busca de agua.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles.
- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; se deben crear indicadores y niveles de referencia que permitan evaluar los avances logrados.
- Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua.
- Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a grupos vulnerables o marginados.
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

Estas obligaciones básicas deben ser siempre cumplidas por los Estados, con independencia de la disponibilidad de recursos que tengan y de si están o no atravesando por periodos de crisis económica. Cualquier violación de una

de estas obligaciones básicas arrojaría una presunción prácticamente irrefutable en el sentido de que el Estado está violando el Pacto.

Para lograr vencer algunos de los desafíos que se han señalado hay que considerar que, según datos de la Organización Mundial de la Salud, cada día se hace necesario llevar agua potable a 274,000 nuevas personas, es decir, 100 millones al año en todo el planeta. Para cubrir las necesidades de saneamiento básico se requiere atender cada día a 342,000 nuevas personas, o sea, 125 millones cada año. De ese tamaño es el reto al que se enfrenta la humanidad.

Todos los anteriores son desafíos de gran escala, que involucran cuestiones centrales de nuestras organizaciones sociales; tienen que ver con la forma en que nos relacionamos con la naturaleza y con la manera en que gestionamos nuestros espacios comunes, tanto en el sector rural como en el urbano, tanto en el ámbito de los particulares como en el de las empresas y en el de las autoridades.

Sobra señalar los múltiples puntos de enlace entre los desafíos señalados y los derechos fundamentales: ¿cómo pensar en la inviolabilidad del domicilio si en dicho domicilio no hay agua potable?, ¿cómo mejorar la educación si los niños no pueden asearse o beber cantidades suficientes de agua?, ¿qué se puede exigir a las autoridades en relación con el derecho a la salud si no han resuelto el problema del abastecimiento de recursos hídricos a los núcleos urbanos de población? Las preguntas podrían continuar y multiplicarse, pero lo que queda claro es la importancia del tema y la necesidad de comenzar a valorarlo como parte de la temática de los derechos fundamentales.

2. *El derecho al agua en México*

En México el tema se encuentra vagamente regulado en el artículo 27 constitucional, aunque de su texto quizá no pueda inferirse un derecho fundamental al agua; en efecto, en sus párrafos primero, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno en sus diversas fracciones, el artículo 27 contiene referencias al agua o a las aguas, tanto interiores como marítimas, nacionales o internacionales, pero sin que en ninguna de esas disposiciones se establezca en términos constitucionales un “derecho al agua”.

La ley que desarrolla en parte los mandatos del artículo 27 constitucional es la Ley de Aguas Nacionales.²⁴⁷ Ésta se refiere, en términos muy generales, a los distintos tipos de recursos hídricos, a su forma de explotación y a la coordinación que deben observar las autoridades competentes en la materia. No contiene derechos subjetivos articulables frente a la jurisdicción constitucional,

²⁴⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10. de diciembre de 1992.

aunque sí permite algunas impugnaciones en el ámbito de la jurisdicción administrativa.

Otra referencia constitucional al agua se encuentra en el artículo 115, en cuya fracción III se establece que los municipios tienen a su cargo la prestación del servicio público de “agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales” (inciso A). De nuevo hay que decir que tampoco en el artículo 115 se contiene un “derecho al agua”, aunque existe la obligación de las autoridades municipales de prestar los servicios públicos que han sido mencionados.

El tema del derecho al agua ha sido examinado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su recomendación 47/2002, referida al caso de los usuarios del distrito de riego 025. En ese distrito de riego, la Comisión Nacional del Agua restringió hasta el 100% el suministro de agua durante los ciclos agrícolas de 2000-2001 y 2001-2002. Dicha restricción se hizo con el argumento de la fuerte sequía registrada a partir del año 2000. La CNDH emitió una recomendación a los secretarios de Medio Ambiente y de Relaciones Exteriores, por apreciar que se habían vulnerado en contra de los quejosos el principio de legalidad y los derechos de seguridad jurídica y de petición. En algunos párrafos de su Recomendación, la CNDH se refiere a violaciones al derecho al desarrollo. Aunque no utiliza el argumento de un “derecho al agua”, la Recomendación mencionada es un avance en la medida en que contribuye a someter a la lógica de los derechos fundamentales una cuestión que no hace muchos años hubiera sido simplemente archivada con cualquier argumento banal. Con toda seguridad servirá para que en el futuro próximo se vaya dando reconocimiento jurídico a la necesidad básica de tener acceso al agua, así como para ir delimitando los derechos y obligaciones de particulares y autoridades en el tema.

Como conclusión de lo expuesto en este apartado puede señalarse que el derecho al agua apenas se está comenzando a estudiar y que su formulación en términos jurídicos es todavía muy débil. Sin embargo, en tanto se trata de una necesidad apremiante para muchos millones de personas, cualquier teoría de los derechos fundamentales que quiera ser mínimamente realista debe dar cuenta de la problemática tan ardua que se genera alrededor de este tema. En un futuro no muy lejano deberemos reconocer como derecho fundamental, de carácter tanto individual como colectivo, protector de las generaciones actuales y de las futuras, el derecho al agua.²⁴⁸

²⁴⁸ Fantini, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *cit.*, p. 7.

Mientras se desarrolla plenamente el derecho al agua en las Constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales, las cuestiones relacionadas con los recursos hídricos se deben plantear en relación con otros derechos, como el derecho a la alimentación, el derecho a la vida o el derecho a una vivienda digna. Desde luego, su defensa también se puede dar con los instrumentos que proporciona el derecho administrativo, aunque como es obvio tienen una capacidad limitada para solucionar el fondo de este tipo de problemas.

Como se ha explicado, el derecho al agua genera dos distintas obligaciones básicas o primarias para los poderes públicos: la primera consiste en proveer materialmente el líquido, haciéndolo asequible para la población en general y de manera especial para los grupos más vulnerables; la segunda, es asegurar que ese líquido tenga la calidad necesaria para el consumo humano, ya sea directo (es decir, cuando el agua se usa para beber o para la higiene personal) o indirecto (usos agrícolas o alimentarios en general). De esas dos obligaciones básicas pueden derivarse muchas otras, como la necesidad de limitar y controlar los productos agrícolas que deterioren los mantos freáticos, proteger los ecosistemas para generar un uso sostenible del agua, depurar las aguas ya utilizadas, impedir que algún particular se haga indebidamente con grandes cantidades de aguas, administrar racional y responsablemente el agua, etcétera.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- , “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 119, 25 de junio de 2001.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- , “Acceso a la información y derechos sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

- ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- ANDERE, Eduardo, *La educación en México: un fracaso monumental*, México, Temas de Hoy, 2003.
- ANTÓN, Danilo J., *Ciudades sedientas. Agua y ambientes urbanos en América Latina*, Montevideo, CIID, UNESCO, Normand, 1996.
- AÑÓN, María José, “El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada: dos caras de una misma moneda”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ARAGÓN, Manuel, “Los problemas del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núm. 118-119, 1994.
- ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001.
- BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.
- BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en VV. AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BOBBIO, Norberto, “Sobre los derechos sociales”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOLAÑOS, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.
- BORJA, Jordi y CASTELLS, Manuel, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 2002.
- BORSELLINO, Patrizia, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milán, Zadig, 1999.
- BOSSELMANN, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, en GRECO, Michele (ed.), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Fiesole, Edizioni per la Pace, 2000.
- BRAÑES, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Editorial Universo Veintiuno, 1987.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1994.
- CANOSA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000.

- , “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro, “El acceso a la justicia de los consumidores”, en su libro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993.
- CARBONELL, José, “Estado de bienestar”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- CARMONA, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medio ambiente”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M. A. Porrúa, UNAM, t. XV, 2000.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Derecho de la seguridad social”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- CABO, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986.
- CASTRO CID, Benito de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993.
- DENTON NAVARRETE, Thalía, “Régimen jurídico internacional del agua”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 95, mayo de 2003.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991.
- ECHÁNIZ SALGADO, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- FANTINI, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *Teoria Politica*, Milán, año XVIII, núm. 2 de 2002.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ VARELA, Héctor y SOTELO MONROY, Gabriel E., “Derechos y salud: instituciones”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FREIRE, José Manuel, “Política sanitaria”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999.
- FRENK, Julio *et al.*, “La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma”, en SOLÍS SOBERÓN, Fernando y VILLAGÓMEZ, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, FCE, 2001.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Antecedentes sociales y teóricos del Estado social: de los pobres al obrero”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. I.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999.
- y ARALDSEN, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, IIDH, San José, 1996, t. VI.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, en su libro *Estudios jurídicos*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GIDI, Antonio y FERRER MACGREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.
- , *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, Universidad de Vigo, 2002.

- LEARY, Virginia, "Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 55, diciembre de 1995.
- LEVY, Daniel C., *La educación superior y el Estado en Latinoamérica. Desafíos privados al predominio público*, México, FLACSO, UNAM, M. A. Porrúa, 1995.
- MARTÍN MATEO, Ramón, "La calidad de vida como valor jurídico", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Políticas del bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998.
- MELGAR ADALID, Mario y PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "Derecho de la salud", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "La defensa del consumidor: un principio general del derecho", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, "La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados, IIJ-UNAM, 2000.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , "Reforma en materia de derechos de los menores", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M.A. Porrúa, UNAM, 2000, t. XIV.
- y CANO VALLE, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIH*, México, UNAM, Cámara de Diputados, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, "Sobre los derechos sociales", en CARBONELL, Miguel y otros (comps), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.
- NUSSBAUM, Martha C. y SEN, Amartya (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- OCDE, *Exámenes de las políticas nacionales de educación. México, educación superior*, París, OCDE, 1997.

- OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999.
- OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, México, Alianza, CNCA, 1991.
- OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- OVALLE FAVELA, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, mayo-agosto de 1998.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- , “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2003*, Madrid, Mundiprensa, 2003.
- , *Informe sobre Desarrollo Humano México 2002*, México, Mundiprensa, 2003.
- PRIETO, Luis, “Notas sobre el bienestar”, *Doxa*, Alicante, núm. 9, 1991.
- , “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- PRINCIPATO, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1999.
- SASTRE ARIZA, Santiago, “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 112, abril-junio de 2001.

- SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996.
- SEN, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SHIVA, Vandana, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003.
- , “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- TRUJILLO PÉREZ, Isabel, “La questione dei diritto sociali”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 14, 2000.
- UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2000*, Nueva York, ONU, 2000.
- VAN HOECKE, Mark y OST, Francois, “Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, FCE, ITAM, 1999.
- VEGA, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en GARCÍA HERRERA, M. A. y CORCUERA, J., *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1986.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, “Contenido y alcances del derecho a la alimentación en el derecho internacional”, en VV. AA., *El derecho a la equidad*, Barcelona, Icaria, 1997.
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.
- VV. AA., *Mujeres, trabajos y políticas sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.
- VV. AA., *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- WEBER, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000.
- ZEPEDA, Manuel, “El desafío de la vivienda”, en SOLÍS SOBERÓN, Fernando y VILLAGÓMEZ, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, Fondo de Cultura Económica, 2001.

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS COLECTIVOS

I. Multiculturalismo y derechos: un debate abierto y complejo.	979
1. Las etapas del debate	983
2. Diferencias y desigualdades.	986
3. Los argumentos sobre los derechos culturalmente diferen- ciados	988
4. ¿Qué derechos para las sociedades multiculturales?	992
5. Los dilemas de los derechos de grupo.	1000
II. La constitucionalización de los derechos indígenas en Améri- ca Latina	1003
1. La identificación del sujeto	1005
2. La tensión entre individuo y comunidad en los derechos in- dígenas.	1007
3. La armonización entre el derecho nacional y el derecho in- dígena	1011
A. El derecho indígena y los derechos fundamentales. . .	1011
B. Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales.	1015
C. La tensión entre derechos de autonomía y derechos so- ciales	1016
III. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Mé- xico.	1017
1. Derechos de autogobierno.	1021
2. Derechos poliétnicos.	1033
IV. Los derechos de las minorías en el derecho internacional . .	1037
V. Bibliografía	1045

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS COLECTIVOS

I. MULTICULTURALISMO Y DERECHOS: UN DEBATE ABIERTO Y COMPLEJO

En los últimos años hemos asistido a la inserción, dentro de los debates sobre el contenido y el papel de las Constituciones, del tema del multiculturalismo y de los derechos de las minorías. Desde luego que la protección de las minorías ha sido un asunto central del constitucionalismo desde sus orígenes. La función de los derechos fundamentales y de los jueces constitucionales, que son dos instituciones básicas (esenciales, mejor dicho) del paradigma del Estado constitucional, son típicamente contramayoritarias y tienen como uno de sus objetivos centrales la protección de las minorías.

Pero el debate actual no trata sobre el clásico enfoque relativo a la protección constitucional que debía darse a las minorías, sino que ha avanzado por su propia línea discursiva, diseñando una ruta que ha venido a poner en crisis varios de los conceptos fundamentales con los que la teoría constitucional había trabajado desde su nacimiento y, en particular, de algunos que se habían desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial, que es cuando se consolida el modelo de Constitución que rige en la actualidad.¹

La discusión sobre el multiculturalismo se ha extendido hacia muchas áreas del conocimiento social, abarcando temas referidos a la protección jurídica de las diferentes culturas que conviven al interior de un Estado, pero replanteando también cuestiones que se relacionan con los derechos fundamentales, como pueden ser las concepciones de la autonomía moral de los individuos o los límites de la tolerancia hacia prácticas no liberales de organización societaria, para llegar incluso al propio concepto de cultura en tanto objeto a proteger por el sistema constitucional de derechos fundamentales.

¹ Ver Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en la obra colectiva *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 109 y ss. (hay una segunda edición, México, 2002).

En cualquier caso, la reflexión teórica ha sido producto de necesidades absolutamente prácticas. En los últimos años se han exacerbado como nunca las pasiones nacionalistas y culturalistas, lo cual ha generado conflictos de gran magnitud derivados en parte de los retos que para la convivencia y organización estatal representa el multiculturalismo.²

Tal parece que el fenómeno de la globalización, el crecimiento expansivo de los alcances de los mercados y la imposición planetaria de una serie de pautas culturales y de valores sociales, se ha correspondido en el ámbito de los Estados-nación con un “retorno a la comunidad”, con un redescubrimiento del valor de lo propio, lo distinto o lo antiguo.³ En este sentido, la globalización, aunque muchas veces deliberadamente se ignore por algunos de sus teorizadores, ha supuesto un movimiento doble: de una parte, hacia la internacionalización y la reducción del tiempo y el espacio —ilustrada por ejemplo en la velocidad de los mercados financieros para movilizar planetariamente y en tiempo real divisas y capitales—; por otra, en un resurgimiento de los localismos y una revitalización de los “discursos identitarios”, ya sea de raíz religiosa, cultural, étnica o nacional.⁴ Es en este último punto donde se instala en definitiva la problemática multiculturalista.

Will Kymlicka identifica cuatro factores que han incidido en la explosión del interés en torno a la protección y acomodo de las minorías dentro de los Estados democráticos contemporáneos:⁵ en primer lugar, la caída de los regímenes comunistas de Europa del Este, que desató una oleada de nacionalismos étnicos en esa parte del mundo; en segundo término, el reto del acomodo para los inmigrantes, cuestión que es particularmente intensa dentro de las democracias ricas de Europa y en Estados Unidos; en tercer lugar, el resurgimiento

² Se ha estimado que entre 1945 y 1975 ha habido diez millones de muertes relacionadas con la violencia étnica; de entonces a esta fecha la cifra sigue incrementándose por los hechos de Ruanda y Zaire a mediados de los años noventa, los de Bosnia y Croacia también en esa década y los de Punjab y Sri Lanka un poco antes. Sobre este punto, Kellas, James, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin's Press, 1998.

³ Ianni, Octavio, *La era de la globalización*, México, Siglo XXI editores, 1999, pp. 127 y ss.

⁴ Vallespín, Fernando, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 29 y 30. En el mismo sentido, Isidoro Moreno destaca que la mundialización ha generado dos dinámicas complementarias y opuestas: “la dinámica de la *globalización* y la dinámica de la reafirmación identitaria, la que comienza a denominarse como dinámica de la *localización*”, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.

⁵ *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 30.

de los movimientos indígenas y su movilización política, que ha generado un efecto importante sobre varios de los textos constitucionales de América Latina, como veremos más adelante, y en cuarto sitio la creciente y constante amenaza de secesión que se está generando en varios países, por ejemplo en Canadá, Gran Bretaña, Bélgica y España.

Sea como fuere, el tema del multiculturalismo no es de carácter exclusivamente teórico en la medida en que involucra cuestiones prácticas que tienen que resolver muchas de las democracias contemporáneas, incluyendo por supuesto la incipiente democracia mexicana.⁶ Como apunta Neus Torbisco, “las democracias con demócratas, todavía no han superado ni mucho menos resuelto los problemas derivados de la diversidad cultural”.

Las dificultades mayores del debate multiculturalista se encuentran al momento de traducir normativamente las opciones tomadas con base en posturas propias de la filosofía moral o política o incluso de la antropología. El discurso multiculturalista es de aquellos que se mueve bien “en las alturas”, pero que presenta graves problemas cuando se quiere aplicar a realidades que suelen ser muy complejas, como lo demuestra entre otros el caso del Estado mexicano.

En este contexto, una teoría comprensiva de los derechos fundamentales no puede dejar de plantearse los retos que el panorama multicultural está poniendo en la mesa de discusión de muchos países; las soluciones, como se intentará poner de manifiesto en las páginas siguientes, no son fáciles y las exigencias de replanteamiento de categorías clásicas dentro del derecho constitucional están a la orden del día.

Ante este panorama, las modernas democracias no pueden seguir tratando a las minorías como si no existieran o, peor aún, con la única arma de la represión hacia los que son diferentes por causa de su religión, origen étnico o pertenencia cultural. Hoy en día, el reto puede sintetizarse en una frase que ha sido muy utilizada, pero quizá no tan comprendida como sería necesario: hacer posible la convivencia intercultural con el respeto a la diversidad. Ese es el signo que marcará, durante las décadas que siguen, la historia de muchos países, entre los que desde luego se encuentra México.

6 Como señala Will Kymlicka, “minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales. Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichas cuestiones constituye el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad”, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13; del mismo autor, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en Águila, Rafael del y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 413 y ss.

¿Tiene algo que aportar la teoría del derecho constitucional y de los derechos fundamentales al debate multiculturalista? La respuesta, al tenor de la exposición que se realiza en los siguientes apartados, debe ser necesariamente positiva, puesto que en último término se trata de resolver el clásico problema de las relaciones entre la mayoría y las minorías, aunque en esta ocasión no estén determinadas según los parámetros conocidos con los que ha operado típicamente el constitucionalismo.

Por un lado, la intervención del derecho constitucional, como se apuntaba, debe darse por necesidades muy prácticas, que en parte se han ido resolviendo en muchos países. Al reconocer los derechos de las minorías —otorgándoles incluso rango constitucional— se han evitado escenarios de guerras, terrorismo y violencia intercultural en varios países democráticos;⁷ en otros casos, cuando las minorías han sido sojuzgadas o incluso reprimidas no se ha podido lograr un ambiente que permita la convivencia pacífica entre los grupos étnico-culturales.

Desde otro punto de vista, al poner el debate sobre los derechos de las minorías en el nivel de los derechos fundamentales, se evita dejar el tema dentro de la órbita de las políticas públicas, que según algunos autores pueden ser discrecionales, experimentales y transitorias. Al considerar a las reivindicaciones de las minorías como derechos fundamentales se les enfoca desde la óptica de la dignidad y el respeto básicos que deben darse en toda sociedad democrática.⁸

Advertimos que se trata de un tema en el que no pueden ofrecerse respuestas definitivas y en el que no hay teorías consolidadas. El debate ha cambiado de forma importante en los últimos años y el reconocimiento de los derechos de las minorías, aunque presente rasgos comunes en muchos países de América Latina, se ha llevado a cabo de forma diferente en cada ordenamiento constitucional. Kymlicka señala que

A pesar de la creciente envergadura de la bibliografía sobre los derechos de las minorías aún no disponemos de una explicación sistemática sobre qué tipos de exigencias de las minorías son apropiados y en qué contextos y para qué grupos —por ejemplo, sobre cómo difieren las reclamaciones de los pueblos indígenas de las reclamaciones de otros grupos nacionales—. ⁹

⁷ Will Kymlicka apunta: “En parte como resultado de haber adoptado estos derechos de las minorías, las democracias occidentales han aprendido a tratar la diversidad étnica de forma pacífica y democrática, con una ausencia casi completa de belicosidad, terrorismo, violencia o represión estatal”, *La política vernácula*, cit., p. 12.

⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

Con las salvedades de lo que más adelante se precisarán, hay que afirmar también que el rubro mismo de “derechos colectivos” puede ser discutido, como se ha hecho en el debate multiculturalista reciente. Cuando se enfocan con algún detalle, no es difícil percibir que los derechos de las minorías generan múltiples posiciones subjetivas, algunas de las cuales tienen una expresión de carácter colectivo o grupal (por ejemplo, las vinculadas a los derechos de autogobierno o incluso al más amplio derecho de autodeterminación), pero otras no difieren en mucho —o en nada, mejor dicho— de los clásicos derechos de libertad o de los derechos de seguridad jurídica.¹⁰

En todo caso, lo cierto es que nos movemos sobre un terreno pantanoso y poco claro, que en muchos aspectos se encuentra apenas en construcción y sobre el que hay algunos acuerdos y muchos desacuerdos, varios de ellos muy profundos. Se trata también de una cuestión compleja en el sentido de que incorpora un abanico muy amplio de temas, que van desde la problemática que presentan los inmigrantes, hasta las reivindicaciones de los indígenas o lo que algunos textos legales, como la Constitución mexicana considera “comunidades equiparables”.

1. *Las etapas del debate*

Para ir comprendiendo el debate reciente sobre el multiculturalismo, quizá sea oportuno hacer un breve recorrido sobre las principales estaciones en las que ese debate se ha detenido en los años recientes. Para lograr una exposición breve pero a la vez sustantiva, seguiremos la síntesis elaborada por Will Kymlicka, que ha identificado tres grandes etapas en la discusión sobre el multiculturalismo y los derechos de las minorías.

En la primera etapa, que abarca las décadas de los años setenta y ochenta, los derechos de las minorías se identifican con el comunitarismo; de hecho, el debate se parece reducir a la disputa entre comunitaristas y liberales. En este punto, la posición sobre los derechos de las minorías dependía de la propia postura sobre el comunitarismo. Quienes aceptaban la necesidad de que existieran derechos de las minorías sostenían que esos derechos no eran del todo compatibles con los principios del individualismo moral o de la autonomía individual que defendía el liberalismo; se decía que las personas estaban necesariamente incrustadas en distintos roles y relaciones sociales, que determinaban su conducta y su percepción del bien, por lo que las comunidades requerían de una consideración más amplia que los individuos, a fin de asegurar la permanencia de ese contexto de elección.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 99 y ss.

En otras palabras, defender derechos de las minorías equivalía a defender posturas comunitaristas, mientras que las posiciones liberales no aceptaban tales derechos. En palabras de Kymlicka, “la defensa de los derechos de las minorías implicaba respaldar la crítica comunitarista al liberalismo y considerar que los derechos de las minorías representaban la defensa de los grupos minoritarios cohesionados y de mentalidad comunal frente a la intrusión del individualismo liberal”.¹¹

En la segunda etapa el debate cambia sustancialmente, ya que se reconoce que el liberalismo también puede dar cabida a derechos de las minorías. En ese cambio concurren varias circunstancias. Una de ellas es que se comprueba que las minorías no siempre quieren ser protegidas de los avances de la modernidad, sino que, por el contrario, lo que piden es una serie de protecciones que les permitan justamente disfrutar de esos avances en condiciones equitativas respecto a la mayoría. Las minorías culturales dejan de ser vistas como grupos regresivos y antiliberales porque se comprueba que su adhesión a los principios de la modernidad liberal es tan profunda e intensa como lo es en el caso de los grupos mayoritarios. Se asume que el compromiso con la autonomía individual es muy profundo y extenso en nuestras democracias contemporáneas, llegando a atravesar cualquier diferencia étnica, lingüística o religiosa.

En este punto del debate, en consecuencia, la cuestión central no responde al típico debate entre comunitaristas y liberales, sino entre diversas formas de entender el liberalismo y de llevarlo a la práctica. Algunas minorías argumentan que el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, por ejemplo los relacionados con su lengua, prácticas culturales e identidades, no solamente no se opone al principio de autonomía individual, sino que por el contrario es un requerimiento que viene exigido como premisa para regular la convivencia entre la mayoría y las minorías culturales dentro de un Estado.

Las preguntas clave que surgen en esta etapa del debate son al menos las siguientes: ¿si las minorías culturales son liberales,¹² por qué entonces requieren que se les reconozca un estatus jurídico particular?, ¿por qué no pueden satisfacer sus expectativas de vida con los típicos derechos fundamentales asignados a todos?, y lo más importante, ¿cómo asegurar que el reconocimiento de un estatuto jurídico particular para las minorías no representará un rompimiento de los postulados esenciales del liberalismo, es decir, hasta dónde puede llegar ese

¹¹ *Ibidem*, p. 32.

¹² No se debe pasar por alto que no todas las minorías culturales o étnicas son liberales, pero también es cierto que las minorías “típicamente antiliberales” son, al menos en las democracias occidentales, la excepción y no la regla. Tampoco todos los derechos en favor de las minorías encajan bien en la teoría liberal, como veremos más adelante.

reconocimiento sin situarse fuera del ámbito liberal? Para responder a estas preguntas, Kymlicka formula un par de reglas, que aunque simplifican al máximo la cuestión también sirven para aclararla: los derechos de las minorías, nos dice este autor, son coherentes con el culturalismo liberal si, *a)* protegen la libertad de los individuos en el seno del grupo, y *b)* promueven relaciones de igualdad (de no dominación) entre los grupos.¹³

La tercera etapa del debate es, según Kymlicka, en la que nos encontramos actualmente. A partir de la etapa anterior se ha empezado a generar un consenso sobre el “culturalismo liberal”, que ha permitido que la discusión haya ido avanzando hacia cuestiones muy concretas que se refieren al desarrollo de políticas multiculturalistas concretas. En esta tercera etapa se abandona la idea de la neutralidad estatal y se pasa a la idea del Estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior. Se trata de discutir las formas en que se van a tutelar a las minorías nacionales, por un lado, y a los inmigrantes, por otro.

Para Kymlicka, los dos grandes avances del debate, hasta este momento, consisten en que, en primer lugar, se ha abandonado la idea de que la justicia social puede ser definida en términos de reglas que no hagan caso de las diferencias (*difference-blind rules*); actualmente se acepta que esas reglas pueden causar desigualdades y, por tanto, ser fuente de injusticias. El segundo avance es que hoy en día la carga de la prueba ya no corresponde a quienes defienden derechos de las minorías, sino de quienes defienden las reglas que no hacen caso de las diferencias, ya que deben probar que el *status quo* no crea injusticias para los grupos minoritarios.

De todo lo anterior se puede concluir que, desde hace unos años, se trata ya no de discutir si tiene preeminencia el individuo o la comunidad, si el reconocimiento de las diferencias funciona como excusa para regresar al feudalismo, o si la autonomía personal se puede desarrollar por fuera y aun en contra de todas las señas que imprime sobre cada individuo la pertenencia a un determinado grupo étnico o cultural; ahora la discusión se enfoca en la necesidad de impulsar o frenar el reconocimiento de reivindicaciones normativas muy concretas y específicas. Reivindicaciones que, en una de sus variantes, asumen la forma de derechos colectivos.

Para comprender la regulación constitucional que en materia de multiculturalismo y derechos de las minorías existe en México, hace falta preliminarmente repasar algunas cuestiones de orden general, como las posibles respuestas que el ordenamiento jurídico puede aportar en el tratamiento de las diferencias

¹³ Kymlicka, Will, *La política vernácula*, cit., p. 36.

(tanto individuales como grupales). También es importante detenerse en el tema de los argumentos a favor y en contra de los derechos culturalmente diferenciados (es decir, se trata del fundamento del estatuto jurídico diferenciado que algunas minorías reclaman: ¿cómo se justifica ese trato diferente?). Por otro lado, es importante ir aterrizando el debate a fin de identificar concretamente de qué derechos hablamos cuando hacemos referencia a los derechos colectivos. Una vez que se ha ido analizando lo anterior, podemos entrar al terreno de los problemas que las diferencias culturales suministran en el derecho constitucional positivo (o sea, ¿cómo hacer compatibles los derechos de las minorías con el resto de los derechos?, ¿cuáles son los sujetos a los que protegen esos derechos?, etcétera) y particularmente en el constitucionalismo de América Latina, donde el tema se ha enfocado al reconocimiento y protección de los derechos indígenas. Con todo ese bagaje nos será posible, finalmente, adentrarnos en la regulación que de esos derechos se contiene en el artículo 2o. de la Constitución mexicana, a partir de la reforma del 14 de agosto de 2001. Ese es el plan expositivo de los apartados que siguen.

2. Diferencias y desigualdades

Para entender las posibles respuestas que puede ofrecer el sistema jurídico a los planteamientos multiculturalistas habría que empezar por distinguir entre el concepto de “diferencias” y el de “desigualdades”. Las primeras, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, son los rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a las demás, a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Por su parte, las desigualdades, ya sean económicas o sociales, también según el mismo autor, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción.

Las diferencias conforman las distintas *identidades*, mientras que las desigualdades configuran las diversas *esferas jurídicas*.¹⁴ La distinción es pertinente en la medida en que suelen ir de la mano el no reconocimiento cultural con fuertes discriminaciones y situaciones sociales de infraprivilegio,¹⁵ lo cual puede conducir a que se confundan unas y otras y no se aborden los problemas (con sus correspondientes soluciones) por separado.

¹⁴ “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 82.

¹⁵ Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, en su libro *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 192.

En ambos casos el aseguramiento de los derechos que permitan las diferencias (que constituyen identidades y son por tanto la concreción de la autonomía moral de las personas) y combatan las desigualdades (al menos las que sean ilegítimas) pueden derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos.

Para Ferrajoli hay cuatro “modelos” de relación entre el derecho y las diferencias:¹⁶

1. El primero es el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”; para este modelo, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora. Se trata del paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje. En realidad, ni siquiera se podría hablar, en sentido estricto, de una relación entre el derecho y las diferencias, pues en este caso las diferencias no existirían como objeto de regulación jurídica.
2. El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de las diferencias”, de acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, nacimiento, lengua, fe religiosa, renta, etcétera) resultan asumidas como estatus privilegiados y fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo la de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera) se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o a veces incluso de persecución. En este caso estaríamos frente al supuesto de los ordenamientos paleoliberales del siglo pasado que reservaban el derecho al voto a los varones, blancos y terratenientes, a la vez que reconocían el derecho a la esclavitud o negaban la personalidad jurídica de las mujeres.
3. El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”, según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se trata del modelo de serialización llevado a cabo por los diversos socialismos reales y burocráticos. En este modelo se realiza una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad —en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
4. El cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al

¹⁶ “Igualdad y diferencia”, *cit.*, pp. 74-76.

mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias sino que al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los derechos fundamentales —los de libertad, pero también los sociales— deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea en forma individual o colectiva. Obviamente, Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad de que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.

Quizá haría falta agregar un quinto modelo, que permitiera dar cuenta del caso de los ordenamientos que reconocen a la vez el principio general de igualdad y asignan derechos específicos a determinadas minorías; es decir, se trataría de los casos en que las Constituciones reconocen a todos por igual un cierto número de derechos (lo que podríamos calificar como un “piso mínimo” de derechos), pero a determinados sujetos, por razones de su vulnerabilidad histórica o presente; o bien, por alguna de las razones que se explican más adelante, se les reconoce unos derechos añadidos (digamos, una cuota “extra” de derechos). Es el caso, según entiendo, de varios ordenamientos modernos, incluido el mexicano.

3. Los argumentos sobre los derechos culturalmente diferenciados

Luego de ver las posibilidades a través de las cuales el ordenamiento jurídico puede responder a la existencia de diferencias dentro de una determinada comunidad, y aceptando preliminarmente que esas diferencias en efecto deben ser reconocidas a través de la aceptación de que, bajo ciertas circunstancias, puede ser adecuado proteger de forma reforzada a un cierto número de sujetos o de grupos, hay que detenerse en los argumentos que puedan sostener la legitimidad de esa opción; se trata, pues, de justificar por qué a ciertos grupos o individuos que pertenecen a esos grupos se les reconoce un estatuto constitucional distinto (normalmente más protector) que al resto de los habitantes de una comunidad. Pero vamos por partes.

Para el debate multiculturalista la cuestión principal es si para garantizar las diferencias y las identidades étnicas y culturales es necesario crear esferas jurídicas particulares, distintas de las que rigen para la generalidad de los habitantes de un Estado o si, por el contrario, lo que se debe hacer es volver efectivos los derechos fundamentales de forma que se eliminen en la medida de lo posi-

ble las desigualdades tan importantes que han sufrido tradicionalmente las minorías. En particular, se trataría de saber si una pertenencia cultural o étnica determinada daría lugar al establecimiento de un estatus diferenciado —incluso de rango constitucional— para hacer real y efectiva dicha pertenencia.

De acuerdo con las terminología recién expuesta de Ferrajoli, habría que discernir si el Estado constitucional se encuentra en mejores condiciones de realización de la justicia social —sobre todo en lo concerniente a las minorías—, llevando a cabo una “diferenciación jurídica de las diferencias” —aunque optando por realizarla a partir de ciertas características no consideradas violatorias del principio de igualdad tanto formal como sustancial—,¹⁷ manteniendo una “homologación jurídica de las diferencias” o, finalmente, llevando a cabo una “igual valoración jurídica de las diferencias”.

Obviamente, el debate no se limita a la discusión sobre el establecimiento o no de derechos culturalmente determinados, sino que se centra también en la supremacía que deberían tener los derechos comunitarios o colectivos sobre los individuales y viceversa. Las posiciones en este punto son muy diversas, pero reflejan fielmente el debate de fondo entre liberales y comunitaristas.

La postura a favor de incluir y garantizar derechos diferenciados en razón de grupos se puede sintetizar, como lo hace Kymlicka,¹⁸ en los siguientes tres puntos:

1. El argumento de la igualdad. Se sostiene que algunos derechos culturalmente diferenciados no crean de manera necesaria desigualdades, sino que a veces las eliminan. Pudiera ser que la pertenencia a alguna cultura determinada conllevara algún tipo de desigualdad, de forma que los derechos diferenciados vendrían a corregir esa desventaja.

Este argumento mantiene que la estructura estatal no es ni puede ser culturalmente neutral en su actuación, de forma que se producen probables discriminaciones (y potenciales situaciones de desigualdad) siempre que el Estado fija la lengua oficial, los planes educativos que se siguen en las escuelas o las divisiones territoriales y administrativas hacia el interior de su territorio; estas medidas, en palabras de Habermas, afectan a “la auto-comprensión ética de una nación”.¹⁹

¹⁷ Se puede decir que, con las variantes que cada ordenamiento constitucional prevea, son violatorias *prima facie* del principio de igualdad las distinciones basadas en la raza, el sexo, la clase social, la religión y la preferencia sexual, entre otras. Sobre el tema nos hemos detenido en el capítulo segundo de este libro.

¹⁸ *Ciudadanía multicultural*, cit., cap. VI.

¹⁹ “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, cit., p. 206. Sobre el principio de neutralidad del Estado, Da Silveira, Pablo, “Neutralidad del Estado y

Para compensar lo anterior, se afirma, se deben asegurar a las minorías ciertos derechos que les aseguren un mínimo de condiciones de igualdad con respecto a las ventajas que tendrían otros grupos. Por ejemplo, se pide que si la lengua oficial de un Estado es distinta de la que utiliza una minoría étnica, esta última pueda tener acceso a traductores en los procesos judiciales en los que se vean involucrados sus miembros o que existan subvenciones estatales para mantener escuelas en las que se enseñe también la lengua de la minoría.

Esta perspectiva, evidentemente, parte del entendimiento de la igualdad en sentido “sustancial”, es decir, como realización fáctica de una cierta igualación social, diversa de la igualdad “formal” que se asegura, por ejemplo, a través de la prohibición de leyes individuales.²⁰

2. El argumento de los pactos o acuerdos históricos. Un segundo argumento mantiene que, en virtud de la incorporación de ciertos grupos dentro de unidades estatales más amplias, pueden haberse suscrito pactos o acuerdos históricos que preserven ciertos derechos para esos grupos y que habría que respetar y garantizar. Este punto de vista encuentra su apoyo en importantes pactos internacionales que reconocen el derecho a la autodeterminación de los pueblos;²¹ dicha autodeterminación comprende no sólo la posibilidad de constituir un Estado independiente, sino también la de fijar los términos en que se puede producir una unión de pueblos a través, por ejemplo, de una federación.
3. El argumento sobre el valor de la diversidad cultural. Un tercer argumento en favor de los derechos diferenciados se fundamenta en el juicio de que es valiosa la existencia de culturas diversas, ya que dicha diversidad contribuye a enriquecer la vida de las personas. Además, la existencia de otras culturas permite observar modelos alternativos de organización de los cuales pueden tomarse elementos útiles para la reforma y mejora-

respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto”, *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 4, Paidós, octubre de 1998, pp. 117 y ss., así como Torbisco, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, tesis doctoral, 2000, caps. VI y VII.

²⁰ Sobre el argumento de la igualdad y sus múltiples significados, capítulo segundo *supra*.

²¹ Ver Lucas, Javier de, “Las minorías: de los derechos individuales al estatuto jurídico”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, pp. 71 y ss., así como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (del 18 de diciembre de 1990) y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Estados independientes (en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991).

miento de las organizaciones sociales.²² Por otro lado, la existencia de paisajes culturales distintos, desde un punto de vista puramente estético, crea un mundo más interesante. Para Kymlicka este argumento no sirve para justificar por sí solo derechos de las minorías.²³

Cabe apuntar que a veces el argumento del valor de la diversidad cultural se usa de modo incorrecto para derivar de la simple existencia benéfica del pluralismo cultural, la necesidad de reconocer como valiosas *todas* las prácticas culturales, asumiendo un relativismo ético inaceptable y que en algunas ocasiones choca con el más elemental sentido de la democracia o, en situaciones extremas, con el todavía más básico concepto de la dignidad humana.

Como dice Rodolfo Vázquez, poco se avanza en el debate multiculturalista si, “sobre la base de un pluralismo mal entendido, se piensa que todas las culturas tienen igual valor y todas merecen igual respeto. Esta premisa es falsa”.²⁴

En efecto, del hecho de que se reconozcan los beneficios de la existencia de un conjunto de culturas distintas, no se puede derivar que todas esas culturas merezcan el mismo respeto²⁵ y, por tanto, no se les deben reconocer a todas derechos diferenciados solamente por ser distintas de las culturas mayoritarias, sin tomar en cuenta la compatibilidad de sus prácticas y costumbres con —por lo menos— los postulados básicos de la democracia y la dignidad de todas las personas.

Esta es una de las deficiencias del debate multiculturalista, el cual normalmente se realiza en términos abstractos cuando lo necesario es llevarlo a cabo a la vista de grupos y comunidades concretos, los cuales —en virtud, precisamente, del pluralismo existente— no pueden ser todos puestos en el mismo saco.

22 Como escribe Torbisco, Neus, “En la medida en que una sociedad multicultural incrementa las oportunidades de realizar opciones culturales más allá de las estrechas fronteras del grupo al que pertenecemos, el multiculturalismo es capaz de transformar, eventualmente enriqueciendo, el horizonte de significados disponible para quienes no son miembros de una cultura”, *Minorías culturales y derechos colectivos*, cit., p. 523.

23 *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 171.

24 “Derechos de las minorías y tolerancia”, *Diánoia. Anuario de filosofía*, México, núm. 43, 1997, p. 159.

25 Garzón Valdés señala que “La verificación de diferentes costumbres —conjuntamente con sus implicaciones normativas— no permite inferir sin más el respeto incondicionado de esas mismas costumbres”, “El problema ético de las minorías étnicas”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 526. Ver también, en sentido parecido, las consideraciones de Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., pp. 364 y 365.

En contra de los derechos culturalmente diferenciados y de su prevalencia sobre los derechos individuales se esgrimen los siguientes argumentos:²⁶

- El argumento del individualismo ético. Este argumento sostiene que los individuos valen más que los grupos a los que pertenecen y las culturas valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten. Por ello, los derechos comunitarios deben ceder si entran en conflicto con los derechos liberales, entendidos como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible.
- El argumento de la imparcialidad. Este argumento coincide con el punto de vista expresado párrafos arriba en el sentido de que no todas las culturas deben ser toleradas o respetadas por igual. Añade que para resolver los conflictos interculturales se precisa de un metacriterio que puede ser la perspectiva kantiana del liberalismo. De acuerdo con este argumento se acepta un multiculturalismo “débil” que circunscribe las peculiaridades éticamente respetables o tolerables a tres ámbitos fundamentales: la lengua, el arte y las necesidades o los deseos secundarios de las personas.²⁷

4. *¿Qué derechos para las sociedades multiculturales?*

Tomando como base los anteriores argumentos toca ahora exponer de qué derechos en concreto se estaría hablando cuando se hace referencia a derechos culturalmente diferenciados. A la existencia, reconocimiento y garantía de los derechos que se mencionan a continuación deben aplicarse, según sea el caso, los argumentos mencionados en el apartado precedente.

Según Kymlicka, que utiliza una perspectiva liberal o liberal moderada, hay tres tipos de derechos diferenciados en función del grupo:²⁸

²⁶ Vázquez, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”, *cit.*, pp. 156 y ss. Una crítica general a los postulados multiculturalistas se puede ver en Vitale, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per el pensiero democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

²⁷ Vázquez, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”, *cit.*, p. 161.

²⁸ *Ciudadanía multicultural*, *cit.*, pp. 46 y ss. Un análisis complementario puede verse en Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 167 y ss.

1. Los derechos de autogobierno. Por este tipo de derechos podemos entender los que son reconocidos a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado, de acuerdo con los cuales pueden diseñar y ejercer de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional. Una forma concreta que pueden tomar estos derechos es el federalismo; en un Estado federal las competencias gubernativas se encuentran divididas entre los diferentes niveles de gobierno, de forma tal que las subunidades regionales cuentan con márgenes más o menos amplios para determinar sus estructuras y formas de organización política (siempre dentro del marco que establece la Constitución federal, por supuesto).²⁹

Kymlicka señala que, en principio, no hay una conexión necesaria entre el federalismo y la diversidad cultural, aunque reconoce también que esta forma de distribución del poder estatal constituye una estrategia común para acomodar a las minorías nacionales.³⁰ Otros autores destacan que la organización federal dentro de los Estados democráticos juega un papel muy importante para controlar a las mayorías y, en consecuencia, para proteger a las minorías.³¹

Obviamente, el federalismo servirá para dar cabida a la diversidad cultural en la medida en que la o las minorías nacionales sean mayoritarias dentro de las unidades regionales o esas mismas minorías puedan estar en condiciones de tener una representación política propia en el territorio subnacional; de lo contrario, la división territorial del Estado solamente servirá para reproducir el dominio mayoritario que existe a nivel nacional.³²

2. Derechos poliétnicos. Estos derechos tienen por objetivo erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales. Se concretan en la exigencia de subvención pública para las prácticas culturales de las comunidades o para tener acceso en condiciones de cier-

²⁹ Una descripción de la forma en que se encuentran distribuidos los ámbitos competenciales entre la Federación y las entidades federativas en México puede verse en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004.

³⁰ *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 49.

³¹ En este sentido, Alfred Stepan, "Democracia y federalismo. Un análisis comparata", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, año XXVIII, abril de 1998, pp. 5-53. Sobre el mismo punto, Linz, Juan J., "Democracia, multinacionalismo y federalismo", *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, vol. 1, núm. 1, 1999, pp. 7-40.

³² Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 50; ver también las observaciones de Habermas, Jürgen, "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho", cit., pp. 208 y 209.

ta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. Bajo ciertas modalidades, algunos grupos en los que no existen diferencias entre la moral pública y la moral privada (y en los que, por tanto, la religión es una forma de poder sobre la comunidad) reivindican la exención de leyes y disposiciones que perjudiquen sus prácticas religiosas. Tal es el caso, recordado por Kymlicka, de la negativa a usar casco de seguridad para motocicletas de los varones *sij*s en Canadá, de forma que puedan seguir utilizando sus turbantes. En Inglaterra los judíos y musulmanes han solicitado que se les exima del cierre dominical de los negocios o de las normas relativas al sacrificio de los animales. En México los niños que profesan algunas religiones se niegan a rendir culto en las escuelas públicas a los símbolos patrios como la bandera o el himno nacionales.³³

Una característica de este tipo de derechos es que, en principio, no obstaculizan el éxito y la viabilidad de las instituciones políticas y económicas de las sociedades dominantes, con lo cual no plantean *prima facie* un conflicto con algún otro tipo de derecho.

3. Derechos especiales de representación. Estos derechos tienen por objetivo compensar algunas desviaciones o insuficiencias de los procesos de representación política de los Estados democráticos contemporáneos. En este sentido, algunos grupos han pugnado por establecer algo así como una “acción de clase política”, que compense de forma temporal algunas desventajas o barreras sistémicas que les impiden contar con una efectiva representación política.³⁴ Entre estas desventajas se menciona, por ejemplo, la imposibilidad que tienen algunas minorías de establecer alianzas con otros grupos sociales, lo cual las coloca en una situación de inferioridad real respecto de los demás grupos.³⁵

Las críticas hacia este tipo de derechos especiales de representación se estructuran, por lo menos, a partir de una doble vertiente. En primer lugar, sostienen que los problemas de la representación política no son exclusivos de los grupos culturalmente diferenciados, sino de toda la sociedad. No hay práctica-

33 Sobre este último punto, Cázares, Carlos y Peña de Hoyos, José Luis, “Los testigos de Jehová y la objeción de conciencia”, en VV.AA., *La objeción de conciencia*, México, IIJ-UNAM, 1998, pp. 255-268. Nos hemos detenido en el caso de los Testigos de Jehová al estudiar la libertad religiosa dentro del capítulo tercero *supra*.

34 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 54.

35 Sullivan, Kathleen M., “Representation of Racial Minorities”, en Brinkley, Alan y otros, *The New Federalist Papers. Essays in Defense of the Constitution*, Nueva York-Londres, W.W. Norton and Company, 1997, p. 104.

mente ningún Estado democrático que haya podido solucionar de modo eficaz el tema de la representación política.³⁶ El predominio de las burocracias partidistas, los efectos nocivos del corporativismo, la influencia de los grupos de presión, entre otros, son fenómenos que alteran el concepto y funcionamiento de la representación política y que explican en alguna medida el descontento popular respecto del desempeño de los órganos representativos.

En segundo lugar, se dice que los mismos derechos especiales de representación deberían asignarse —si se acepta la postura de quienes defienden estos derechos— a otros grupos, no necesariamente minoritarios, pero que también tienen problemas para ser representados de manera efectiva. El caso paradigmático al respecto es el de las mujeres, las cuales en casi todos los países tienen un notable índice de subrepresentación respecto de los hombres si se toma en cuenta el porcentaje del total de la población que son.³⁷ Argumentos parecidos se podrían sostener para el caso de las personas con discapacidad, los pobres, etcétera. Se trata del conocido argumento de “la pendiente resbaladiza”: si comenzamos reconociendo una representación especial para las minorías étnicas terminaremos haciendo lo mismo con otros grupos discriminados.

Desde mi punto de vista, lo que cabría hacer en este campo son al menos dos cosas, una de alcance particular y otra de tipo más general: por un lado, intentar construir una “representación de grupo”, quizá mediante el establecimiento de uno o varios distritos electorales indígenas, que pudieran escoger representantes ante las cámaras legislativas federales y locales exclusivamente entre sus miembros; y por otro lado, habría que mejorar, en general, los mecanismos representativos del Estado; esto se puede lograr si se democratizan internamente los partidos políticos, se establecen mecanismos de *accountability* para los representantes populares, se crean sistemas de fiscalización de ingresos y gastos para las campañas políticas, etcétera.

Tales medidas traerían beneficios no solamente para los grupos culturalmente diversos, sino para toda la sociedad, con lo cual se verían satisfechas las reivindicaciones de esos grupos. La idea de transitar hacia una democracia “posrepresentativa” no parece ni posible ni deseable de momento,³⁸ lo cual, sin

³⁶ Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 91, abril de 1999, pp. 2 y ss.

³⁷ Cfr. lo dicho en el capítulo segundo de este libro a propósito del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, así como lo relativo a las cuotas electorales por razón de género.

³⁸ Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política”, *cit.*, p. 6.

embargo, no quiere decir que no se puedan intentar innovaciones a los sistemas representativos utilizados en el presente.

Una forma parcialmente distinta de las señaladas para avanzar hacia una mejor protección de las minorías, sin producir alteraciones graves en el sistema de representación política que han consagrado la mayoría de Estados democráticos, quizá pudiera darse al momento de definir la conformación de los distritos electorales. Al establecer las “demarcaciones del voto” se puede tomar en cuenta la relación mayoría-minorías, de tal forma que las segundas puedan contar con una gama de opciones que les permita tener posibilidades de elegir a sus propios representantes.

En Estados Unidos la integración de los llamados *majority-minority congressional districts* ha producido que para las elecciones de 1994 el número de miembros afroamericanos de la Cámara de Representantes pasara de 17 a 39. De esos 39, solamente tres representantes no fueron elegidos en distritos conformados bajo el criterio de *majority-minority*.³⁹ A pesar de que luego la Corte Suprema de los Estados Unidos ha limitado esa práctica por considerarla no apegada a la Constitución,⁴⁰ tal vez los mismos parámetros se puedan tomar en cuenta en aquellos Estados en los que la base de definición de los distritos no tenga que ser racial, pero pueda ser cultural o étnica.

Un teórico muy relevante, Jacob T. Levy, ha elaborado una síntesis de los tipos de derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes tanto en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los Estados multiculturales.⁴¹ Se trata de una lista que comprende tanto aquellas reivindicaciones que pueden parecer legítimas desde una óptica liberal, como otras que quizá no lo sean tanto. Pero la discusión sobre la legitimidad de cada una de las especies que a continuación se exponen es algo que puede hacerse solamente a partir de su conocimiento y análisis, y no de forma previa.

Los principales derechos culturales o colectivos son, de acuerdo con Levy, los siguientes:

—*Exenciones* a leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; en este rubro se incluirían las exenciones de la prohibición de usar el peyote para

³⁹ Sullivan, Kathleen M., “Representation of Racial Minorities”, *cit.*, p. 106.

⁴⁰ Ver Ceccherini, Eleonora, “Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2 de 1997, pp. 311 y ss.

⁴¹ Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, *cit.*, pp. 167 y ss.

ciertas tribus indígenas o de la obligación para los miembros de la tribu Sikh de quitarse el turbante para poder ponerse el casco al viajar en motocicleta. También sería el caso de quienes, profesando la religión judía, piden que se les exima del cierre dominical obligatorio de los comercios, en aquellos países donde tal medida existe.

- Asistencia* para llevar a cabo una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. Se trata, sobre todo, de pedir subvenciones públicas con el fin de realizar festivales tradicionales, impulsar la difusión de su propia lengua o fundar asociaciones étnicas.
- Autogobierno* para las minorías étnicas, culturales o nacionales. Dentro de esta categoría se incluyen las demandas de secesión o autonomía gubernativa —por ejemplo a través del federalismo— o jurisdiccional —jurisdicciones indígenas, penas diferenciadas en razón de la pertenencia étnica, etcétera—.
- Reglas externas* consistentes en la restricción de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. Como ejemplos Levy menciona las restricciones al inglés en Quebec o al ejercicio del voto dentro de ciertas comunidades indígenas para los que no pertenecen a su grupo étnico. Otro ejemplo sería la prohibición de adquirir tierras o propiedades de los miembros de la minoría.
- Reglas internas* que buscan normar hacia dentro del grupo la conducta de sus miembros; ejemplos de las reglas internas lo son las prohibiciones para casarse con una persona que no pertenezca al grupo o la obligación de vestirse de cierta forma (como en el caso de los talibanes en Afganistán). Sobre estas reglas, Torbisco apunta que “desde una óptica liberal, parece claro que el Estado no puede legítimamente imponer tales reglas, pero ¿qué ocurre si las impone un grupo a sus miembros?”.⁴² El reconocimiento de este tipo de reglas implica la reproducción al interior de las minorías de lo que se quiere evitar en la relación minoría-mayoría. Además, bajo determinados contextos culturales, puede suponer la preservación *jurídica* de una serie de prácticas que serían reprobables desde el punto de vista moral; como afirma Garzón Valdés,

si la conservación de la identidad o de la unidad familiar dependen de prácticas crueles y denigrantes como la circuncisión femenina, esa identidad o esa unidad carecen de toda justificación desde el punto de vista moral... no entiendo por

⁴² Torbisco, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, cit., p. 163.

qué... el Estado deba fomentar la existencia de concepciones culturales que no benefician a quienes las practican.⁴³

- Reconocimiento/obligatoriedad* de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría. Se trataría de la exigencia de reconocimiento a las prácticas jurídicas de los grupos étnicos y culturales; en parte, esta reivindicación está unida a la de autogobierno. En México el artículo 2o. ofrece ya una base constitucional bastante detallada para llevar a cabo el reconocimiento de las prácticas jurídicas indígenas. Conviene decir, de nuevo, que el reconocimiento de las prácticas jurídicas de los grupos étnicos o culturales no puede darse en el vacío, sin tomar en cuenta las peculiaridades de cada grupo concreto y su mayor o menor compatibilidad con, al menos, una serie mínima de derechos fundamentales que deben ser aceptados por todos.⁴⁴
- Representación* adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos de las mayorías; dicha representación tendría que estar de algún modo garantizada o facilitada por el propio sistema jurídico. Se trataría de una representación de grupo, que por ejemplo reservara un determinado porcentaje de los puestos electivos a los miembros de una minoría.⁴⁵ Otra posibilidad consistiría en delimitar los distritos electorales de tal forma que las minorías fueran mayoría dentro de un determinado distrito, con lo cual se les podría dar la oportunidad de elegir a un representante afín a sus preocupaciones, pero sin limitarlas a la elección de los miembros del grupo.
- Demandas simbólicas*, que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad; tal es el caso de las festividades y los himnos nacionales o de los contenidos de la historia oficial.

43 Garzón Valdés, Ernesto, "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 74, julio-agosto de 1997, p. 20.

44 No deja por ello de ser sorprendente el contenido de la fracción I del apartado A del artículo 2o., que establece: "Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política o cultural". Por fortuna, esta manifestación de relativismo cultural se encuentra matizada en la fracción II del mismo apartado, que impone el respeto a las "garantías individuales" y los "derechos humanos" por parte de los integrantes de las comunidades indígenas.

45 Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.

Del elenco recién transcrito se puede observar que los derechos colectivos, en principio, son tanto derechos que tienen *los individuos que pertenecen a una cierta comunidad*, en razón justamente de esa pertenencia, como los derechos que tiene un *grupo minoritario en relación con (o frente a) la mayoría*. Por ejemplo, las exenciones a algunas de las leyes de la mayoría son sin duda de tipo individual, pero reconocidas por razón de una pertenencia étnica o cultural; por otro lado, los derechos a la autodeterminación, al autogobierno o a las demandas simbólicas sólo tienen sentido si se otorgan al grupo entendido complexivamente y no a cada uno de sus individuos.

El reconocimiento de algunos de estos tipos de derechos (pre)supone, entre otras cuestiones, considerar que nuestros ordenamientos jurídicos —incluyendo los ordenamientos de los países democráticos— asumen un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etcétera; esto significa que ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas que actúan bajo su amparo son neutrales frente a las diversas opciones culturales, religiosas, sexuales, políticas, etcétera. Por ejemplo, ¿cómo se puede dudar de que el cierre o descanso dominical de los establecimientos mercantiles es una norma tomada de la religión católica?, como lo es también el matrimonio heterosexual, la previsión como delito del adulterio (o incluso, en el pasado, de la sodomía), y así por el estilo.

Por otro lado, el reconocimiento de derechos colectivos también se da con base en la (pre)suposición de que, en los Estados multiculturales, el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas no pertenecen solamente a la mayoría, ni deben servir para privar a las minorías de sus propias prácticas culturales (siempre que las minorías, desde luego, estén dispuestas a respetar un mínimo ético de reglas de convivencia).⁴⁶

Una cosa es que el Estado, sus reglas y sus instituciones no sean neutrales y otra muy distinta es que el propio Estado sea administrado como si perteneciera a uno solo de los grupos que lo conforman. Entre una cosa y otra hay, evidentemente, una buena distancia, que viene a ser la misma que existe entre un Estado democrático y un Estado totalitario.

En alternativa a lo anterior, autores como Juan Antonio Cruz Parcer o Neus Torbisco han intentado una ruta para identificar a los derechos colectivos; para ellos, tales derechos serían distintos a los tradicionales derechos individuales

⁴⁶ La idea de que las instituciones estatales no deben pertenecer a ninguno de los grupos que conviven dentro de un Estado multicultural se toma de Raz, Joseph, "Multiculturalism: a Liberal View", en Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 159.

en la medida en que tienen por objeto bienes que no son individualizables,⁴⁷ es decir, bienes que les son útiles a los individuos en la medida en que pertenecen a un grupo.⁴⁸ Es otra forma, igualmente interesante, de acercarse al tema y que pone también de manifiesto las limitaciones que tienen las teorías tradicionales en materia de derechos fundamentales.

5. Los dilemas de los derechos de grupo

La aceptación de los tipos de derechos que se acaban de mencionar, con las modalidades que se quieran, supone dar un paso adelante con respecto a los argumentos que limitan los derechos en razón de grupo a la lengua, el arte o las necesidades secundarias de los individuos, pero también implica una limitación importante para quienes consideran que los grupos pueden tener derechos por su simple existencia y que, además, tales derechos colectivos deben prevalecer aun en el caso de que entren en conflicto con los derechos individuales. La cuestión parece ser un poco más compleja de lo que podrían suponer quienes se ubican en ambos extremos del debate.

Como sostiene Ferrajoli, un cuadro de derechos fundamentales bien diseñado, con un sistema de garantías apropiado, es suficiente para asegurar una igualdad que permita a cada individuo proteger y hacer uso de su propia identidad. Contando con ese marco general, las posibilidades de acción de la legislación secundaria son muchas; a través de un ejercicio legislativo responsable se puede perfectamente dar cabida a las necesidades y los deseos de las personas que integran los grupos culturalmente diversos. Esto no excluye que un estatus jurídico diferenciado para las minorías étnicas no se pueda integrar directamente en el texto constitucional.

Quizá la misión principal que tienen frente a sí las sociedades democráticas en las que conviven diversas naciones y nacionalidades sigue siendo la muy básica de lograr una cierta homogeneidad social, entendiendo por ella no la posibilidad de arrasar con todas las diferencias, sino el establecimiento de un orden social que permita a todos los miembros de la comunidad el goce de los de-

⁴⁷ Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit.; Cruz Parceró, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998; una posición relativamente escéptica sobre los derechos colectivos puede verse en López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁴⁸ Sobre el concepto de “bien colectivo” como objeto de los derechos fundamentales, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 179 y ss.

rechos vinculados con la satisfacción de sus bienes básicos, para utilizar las palabras de Ernesto Garzón Valdés. De acuerdo con este mismo autor, los bienes básicos son aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁴⁹ A partir del aseguramiento de esos bienes básicos se pueden explorar algunas modalidades de los derechos culturalmente diferenciados como las que ya se han mencionado más arriba.

Lo anterior no obsta para reconocer que los derechos colectivos pueden tener dificultades de encaje dentro de una teoría liberal de la sociedad. Obviamente, la forma de hacer convivir a los derechos de grupo o colectivos en sociedades que propugnan como valores básicos la libertad y la igualdad de los ciudadanos no es una tarea fácil ni que pueda resolverse de un solo plumazo.

Una manera de hacer que los derechos colectivos no choquen con el pensamiento liberal que concibe al individuo como el único agente moral válido dentro de la sociedad, consiste en distinguir entre las reivindicaciones que podrían hacer los grupos étnicos o culturales hacia dentro de sus comunidades (y que, por tanto, podrían aplicar sobre sus miembros) y aquellas otras que se proyectarían hacia fuera de las mismas (en su relación con otros grupos). A las primeras Kymlicka las llama “restricciones internas” y tienen por objeto proteger al grupo del impacto que podría tener el disenso interno.⁵⁰ A las segundas el mismo autor las denomina “protecciones externas”, cuya misión sería proteger al grupo de las decisiones políticas y económicas de la mayoría.

En general, para un punto de vista liberal resultan inaceptables las restricciones internas. Habermas en este punto niega la posibilidad de que el multiculturalismo se deba mantener artificialmente, con un sentido de protección administrativa de las especies. Por el contrario, sostiene este autor, las posibilidades de sobrevivencia de una cultura se mantienen mientras esa cultura siga convenciendo a sus miembros, motivando una apropiación productiva y una prosecución de la misma. Por tanto, una garantía jurídicamente asegurada de la supervivencia de una cultura le robaría a sus miembros la opción de continuar perteneciendo a la misma o de determinar si ha llegado el momento de abando-

49 “El problema ético de las minorías étnicas”, *cit.*, p. 531.

50 El tema de las “restricciones internas” es de una importancia capital para el correcto entendimiento de la protección de las minorías, ya que tiene que ver con las llamadas “minorías dentro de las minorías”, es decir, con los grupos minoritarios que conviven dentro de otro grupo que a su vez es minoría con respecto a un grupo distinto. Sobre el punto, Green, Leslie, “Internal Minorities and their Rights”, en Kymlicka, Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 256 y ss.

narla. La posibilidad de toda persona de confrontar a su propia cultura siempre debe quedar abierta.⁵¹

Como señala Fernando Salmerón, “es verdad que los compromisos y lealtades que dan sentido a las vidas individuales encarnan siempre en las prácticas sociales de una cultura, pero lo hacen por decisión libre de una persona, y con una adhesión que no pierde nunca la capacidad crítica, ni la capacidad de abandonar en bloque la cultura de origen”.⁵²

El hecho de negar a los grupos étnicos o culturales la posibilidad de imponer sobre sus propios miembros (incluso en contra de su voluntad) algunos derechos de tipo colectivo no implica, sin embargo, tratar de diluir o erosionar su sentido de pertenencia. Por el contrario, es justamente en un contexto democrático, basado en la libertad del sujeto y en un mínimo de igualdad formal y sustancial, en donde más se pueden potenciar los sentidos naturales de pertenencia de los ciudadanos.⁵³

Esa misma pertenencia, a su vez, juega en favor de la democracia al potenciar la responsabilidad, el interés y la participación ciudadana en los asuntos públicos. En este sentido, Alain Touraine señala que “No hay democracia sin conciencia de pertenencia a una colectividad política, una nación en la mayoría de los casos, pero también una comuna, una región y hasta un conjunto federal...”.⁵⁴

La eliminación de las restricciones internas también se ubica en la línea de asegurar a los individuos su calidad de agentes morales; en ese sentido, por ejemplo, “los representantes de las comunidades indígenas deben estar dispuestos a abandonar reglas o principios de comportamiento si, dadas las circunstancias actuales, ellos contribuyen a aumentar su vulnerabilidad”.⁵⁵

Por lo que hace a las “protecciones externas”, me parece que la tradición liberal no tendría tanto problema en aceptarlas con base en la idea de la equidad que debe privar entre grupos y en el principio de igualdad de los derechos de los sistemas de vidas culturales,⁵⁶ aunque habría que ver las formas concretas que toman dichas protecciones. Quizá en este punto se deba enfatizar, de nue-

51 Las ideas anteriores se encuentran en Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, *cit.*, pp. 210 y 211; en el mismo sentido, Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, *cit.*, p. 59.

52 *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós, 1998, p. 32.

53 Berezin, Mabel, “Introduction. Democracy and others in the Global Polity”, *International Sociology*, Londres, vol. 14, núm. 3, septiembre de 1999, pp. 227 y ss.

54 *¿Qué es la democracia?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 99.

55 Garzón Valdés, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”. *cit.*, pp. 534 y 536.

56 Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, *cit.*, p. 191.

vo, las enormes posibilidades que ofrece un sistema de derechos fundamentales bien armado y que tenga las garantías necesarias y suficientes para ser efectivo en la realidad.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

En América Latina el debate sobre el multiculturalismo se ha centrado, casi de forma exclusiva, en el tema de los derechos indígenas, y particularmente en las modalidades de su regulación jurídico-constitucional.⁵⁷

En la década de los años ochenta, el debate constitucional de la región se había enfocado en el análisis de las formas en que se podía transitar desde regímenes dictatoriales o no pluralistas, hacia sistemas democráticos que permitieran contar con elecciones fiables y transparentes. Asentada la vía electoral como el mecanismo normal de acceso a los cargos públicos representativos y destronadas al menos sobre el papel las dictaduras hasta entonces existentes, el siguiente objetivo de las reformas fueron las estructuras del sistema económico, de manera que se transitara de economías cerradas, operadas fundamentalmente por el Estado y por las camarillas empresariales que apoyaban a los gobernantes de turno a través de relaciones clientelares y corruptas, hacia economías abiertas caracterizadas por importantes procesos de privatización y por la firma de diversos acuerdos de libre comercio con otros países. Ese fue el gran tema de la primera mitad de los años noventa.

Luego, a partir de la segunda mitad de los noventa, parte de las energías constitucionales de la región estuvieron centradas en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las cartas fundamentales.⁵⁸ El alzamiento en Chiapas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1o. de enero de 1994) parece condensar simbólicamente lo que en esos años iba a ser un escenario que, con sus variantes locales y con diferente intensidad dependiendo de cada país, se reprodujo en toda la región.

No es que antes de los noventa no existieran regulaciones constitucionales de los derechos indígenas, pero en términos generales se puede decir que se tra-

⁵⁷ Un panorama de las normas constitucionales y legislativas sobre la materia puede verse en González Guerra, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

⁵⁸ Para una primera aproximación, González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.

taba de declaraciones bastante abstractas, casi todas realizadas de forma pomposa pero carentes de los elementos necesarios para articular posiciones jurídicas concretas.

En las páginas siguientes se analizan algunas de las dificultades que, desde el punto de vista de la teoría jurídica, ha tenido el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas. Se trata de un análisis teórico en la medida en que tiene por objetivo principal estudiar las dificultades que se presentan *en el texto* de las normas jurídicas en que se concretó dicha constitucionalización, sin entrar a estudiar los datos empíricos que nos pudieran dar una radiografía completa de la aplicación de esas normas en la realidad.

Conviene señalar que, como en tantos otros temas, los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas son bastante escasos; esto genera dos consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis social distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar más bien por las señales que les enviaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran redituar beneficios electorales en el corto plazo.

La ausencia de trabajos teóricos en la materia ha provocado también una falta de crítica con respecto a los productos constitucionalmente alcanzados; la crítica de los constitucionalistas en la mayoría de los casos no ha existido; cuando sí se ha producido, en ocasiones ha sido desechada por especialistas de otras áreas con los argumentos de que se trataba de ejercicios propios del talante conservador de los juristas o bien de simples manifestaciones de “racismo jurídico”, que buscaban hacerle el juego a los intereses de las empresas transnacionales que querían apropiarse de los recursos naturales de las zonas indígenas.

En este contexto y bajo tales coordenadas —nada halagüeñas, por cierto— se mueven las reflexiones que siguen. En vez de hacer un repaso de cada uno de los ordenamientos de la región, se ha preferido ubicar algunos problemas de carácter general que se han producido a partir del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas y, junto a su análisis, hacer las menciones normativas que correspondan en cada caso. Como es obvio, la problemática indígena varía mucho de un país a otro; si bien los problemas que se mencionan a continuación se presentan prácticamente en todos, su intensidad es de hecho muy

distinta entre ellos, lo mismo que las respuestas que se han generado desde cada experiencia jurídica concreta.

1. *La identificación del sujeto*

Una de las impugnaciones hecha con mayor recurrencia a las teorías estándar sobre el multiculturalismo, es la que se refiere a las dificultades de determinación de los sujetos y de los objetos de tal teoría: ¿qué es una cultura?, ¿qué son los derechos colectivos?, ¿cómo distinguir, dentro de las sociedades pluralistas del presente, los grupos relevantes para la asignación de estatus jurídicos diferenciados?⁵⁹

Se trata de preguntas válidas, pero que a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que se tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina. La cuestión no es menor, sobre todo si se considera que en varios países de la región una buena parte de la población no es ni indígena, ni no indígena, sino mestiza, es decir, está compuesta por personas que tienen una identidad y una forma de vida intermedias entre lo indígena y lo que, para sintetizar, se podría llamar lo occidental.

El tema del sujeto, que tiene evidentes connotaciones políticas y sociales, es relevante desde el punto de vista jurídico para determinar el ámbito personal de validez de las normas indígenas. Es decir, una vez que se ha creado en varios países un subsistema jurídico aplicable a los pueblos indígenas, debemos ser capaces de identificar con claridad a los sujetos de dicho ordenamiento, de forma que por ejemplo los jueces sepan a cabalidad a quiénes se les puede aplicar dicha normativa.

Este es un problema que no se había presentado hasta hace relativamente pocos años, puesto que —como ya se mencionó anteriormente— el debate sobre el multiculturalismo y el reconocimiento de las diferencias dentro de los Estados nacionales se había desarrollado en un nivel más abstracto. No es sino a partir de la inclusión en los ordenamientos constitucionales de preceptos concretos, que permiten articular posiciones jurídicas igualmente concretas, que el tema del sujeto se hace visible.

⁵⁹ Algunas de estas preguntas se encuentran formuladas y contestadas en parte (en referencia a los derechos colectivos solamente) por Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, y Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, ambos en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., respectivamente.

Una influencia importante acerca de la identificación del sujeto (es decir, de la determinación de qué es lo indígena y de quiénes lo son) proviene del que prácticamente es el único instrumento jurídico internacional en la materia: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT).⁶⁰

En su artículo 1o. se establece que:

El presente convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) los pueblos son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.

Para reducir la vaguedad e indeterminación del ámbito “personal” de validez de las normas aplicables a los indígenas, algunos autores apuntan que

lo recomendable sería establecer algún o algunos medios de objetivación que pueden tener un principio de “presunción de verdad” tales como la constancia de autoridades de pueblos indígenas o municipales, acta de nacimiento con mención de pertenecer a un pueblo indígena, la declaración de testigos e, incluso, la protesta de decir verdad del interesado, por ejemplo.⁶¹

La identificación del sujeto no se debe abordar como un cuestión estática, ya que hay coincidencia en la mayor parte de los trabajos teóricos en el sentido de que un sujeto que en un momento determinado pueda ser considerado miembro de una minoría puede dejar de pertenecer a la misma por voluntad propia, acogiéndose de esa manera al sistema jurídico que rige para quienes no

⁶⁰ También se deben revisar, en relación con el tema que nos ocupa, la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas” de la ONU (1990) y el “Convenio marco europeo para la protección de las minorías nacionales” del Consejo de Europa (1995); el primero de estos documentos, que analizaremos con detalle en el último apartado de este capítulo, puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 91 y ss.

⁶¹ Cossío, José R. y otros, *Derechos y cultura indígenas. El debate jurídico*, México, Miguel A. Porrúa, 1998, p. 162.

pertenecen a una minoría. Esto supone que se debe dejar a salvo el derecho del sujeto para dejar de pertenecer a un pueblo indígena (lo que se ha llamado *el derecho a la puerta*), es decir, se debe preservar la posibilidad de que un factor de nacimiento no determine en el futuro las opciones que pueda tomar la persona.

2. *La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas*

Aparte de los aspectos mencionados, la determinación de los sujetos del derecho indígena se enfrenta a la tensión que afecta a varios extremos del debate entre la perspectiva individual y la colectiva o comunitaria. En otras palabras, hay ciertos elementos normativos que sugieren que el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas está hecho en algunos casos para los indígenas considerados individualmente y en otros para los pueblos o comunidades indígenas. Se trata del relevante problema de la titularidad de los derechos.⁶²

Para volver al caso mexicano, el propio artículo 2o. constitucional define a los pueblos indígenas con las siguientes palabras: “La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”; posteriormente define a las *comunidades que integran un pueblo indígena* como “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Pueblos indígenas y comunidades que los integran son por tanto dos definiciones que, al menos en el contexto constitucional mexicano (pero no solamente en él), se utilizan para determinar a los sujetos del derecho indígena. La cuestión que se aborda en el presente apartado, de nuevo, tiene gran relevancia práctica pues si los sujetos son de orden colectivo, será la comunidad misma la titular de los derechos reconocidos por la Constitución (comunidad que actuará por medio de sus representantes, que serán quienes tendrán reconocida la

⁶² Debo advertir que, para algunos autores, el hecho de que algún derecho no pueda ser reconocido como “derecho del individuo” lo invalida para formar parte del catálogo de derechos fundamentales, ya que carecerían de la nota de universalidad; así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, al referirse a los derechos colectivos afirma que “En la medida en que tales derechos no puedan configurarse, además, como derechos del individuo —lo que, por lo demás, ocurre con la mayor parte de ellos, reducibles a las libertades clásicas o a específicos derechos sociales— no son en ningún sentido universales ni, por consiguiente... «fundamentales»”, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 360.

personalidad jurídica para hablar en nombre de sus integrantes);⁶³ en cambio, si los sujetos son individuales entonces la cuestión cambia de forma importante, porque serán las personas consideradas individualmente y no la comunidad las que puedan reclamarlos, lo cual tiene importantes connotaciones prácticas.

Las preguntas que conviene al menos apuntar en este contexto son las siguientes: ¿se protege también a los indígenas que no viven dentro de sus comunidades?, ¿qué sucede con los indígenas que habitan en las grandes ciudades?, ¿se les aplican o no las disposiciones del derecho indígena y las eventuales leyes que se pueden dictar en la materia?,⁶⁴ ¿puede haber una relevancia indígena individual o tiene que ser necesariamente —para que se pueda expresar en términos jurídicos— colectiva?, ¿y los indígenas que son migrantes y que se encuentren fuera de sus comunidades originales?, ¿qué sucede con ellos?, ¿pueden o no beneficiarse de las disposiciones aplicables a “los pueblos” y las “comunidades indígenas”?, ¿no sería mejor considerar no sólo a los pueblos y comunidades, sino en general a la población indígena o a los indígenas en lo individual, para lograr una cobertura más amplia y tendencialmente universal?⁶⁵

Una conclusión a la que se puede legítimamente llegar para comenzar a pensar en responder a algunas de las anteriores cuestiones es que tal vez existan algunos derechos dentro del artículo 2o. de la Constitución mexicana que sean de titularidad individual (por ejemplo, el derecho de cada individuo de ser consi-

63 Aparte de la bibliografía que ya se ha citado, algunas cuestiones interesantes sobre la titularidad de los derechos colectivos son estudiadas por Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, *cit.*; *id.*, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, en Lucas, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001; *id.*, “Derechos colectivos”, en VV.A.A., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002, pp. 155-160.

64 Un caso interesante al respecto es el resuelto por la sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana en la que, entre otras cuestiones, la Corte resolvió que el juez ordinario, al conocer de un proceso penal en el que se encuentre acusado un indígena por haber cometido un acto presuntamente delictivo fuera del territorio de su comunidad, debe valorar la pertinencia de devolverlo a ella para que sea allí juzgado. Al respecto, Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana”, ponencia presentada en las XII Jornadas Lascasianas Internacionales, IIJ-UNAM, México, 16 de octubre de 2002.

65 La “visión individualista” de la sociedad, concretada en la asignación también individual de los derechos fundamentales ha sido una de las principales críticas que las teorías comunitaristas han lanzado contra el liberalismo. Uno de los campos de confrontación de esta polémica, que no tiene un carácter nada más académico, ha sido precisamente el del reconocimiento de la subjetividad colectiva de las comunidades indígenas, que se ha producido en algunos textos constitucionales de América Latina, pero sólo en referencia a cierto tipo de derechos (sobre todo los relacionados con la tenencia de la tierra y la propiedad intelectual, como se menciona en seguida).

derado o no como miembro de un pueblo indígena y casi todos los derechos contenidos en el apartado A de ese precepto, sobre el que nos detendremos en las páginas siguientes) y otros que sean de titularidad colectiva.

En el ámbito internacional la cuestión tampoco está zanjada. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 da un reconocimiento jurídico a las minorías, pero prohíbe que se les nieguen algunos derechos específicos a *las personas que integren esas minorías*, con lo cual no resuelve la tensión individuo-comunidad que se está comentando. El texto de ese artículo es el siguiente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Obviamente, hay casos en los que los ordenamientos constitucionales clarifican la cuestión, asignando expresamente los derechos de forma colectiva o de forma individual. Así sucede en el artículo 329 de la Constitución colombiana de 1991, que indica lo siguiente: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica del ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional... Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. En el mismo sentido se puede citar el artículo 124 de la Constitución venezolana de 1999, cuyo texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente: “Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas”;⁶⁶ este precepto es muy parecido al artículo 84.9 de la Constitución de Ecuador de 1998.

Otros supuestos de titularidad colectiva de un derecho, de entre los varios que se podrían citar, se encuentran en el artículo 67 de la Constitución de Guatemala de 1985 y en el artículo 123 de la Constitución de Panamá de 1972 (tenencia comunal o colectiva de la propiedad agraria); asimismo, en términos similares, se pueden ver los artículos 20 fracción XI de la Constitución brasileña y 181 de la Constitución nicaragüense.

En suma, un primer obstáculo que han tenido que enfrentar los procesos de reforma constitucional para el reconocimiento del derecho indígena ha sido el relativo a la identificación del sujeto de ese derecho. Los resultados alcanzados

66 Para una primera aproximación a la regulación constitucional de los derechos indígenas en Venezuela, ver Iturraspe, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 431 y ss.; Brewer Carías, Allan R., *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 1999, pp. 195 y ss.

por varios ordenamientos corroboran la afirmación hecha párrafos arriba en el sentido de que algunas de esas reformas se realizaron sin guía ni rumbo, con resultados bastante dispares.

Pese a todo, algunos textos constitucionales han elegido dar por supuesta la identificación del sujeto, no aportando ningún elemento para llevarla a cabo. Tal es el caso de la Constitución argentina, que luego de su reforma integral de 1994, estableció en favor de su Congreso Nacional la facultad⁶⁷ de

reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y arreglar la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones [artículo 75.17].

En el mismo supuesto se encuentra la Constitución de Bolivia, que en su artículo 171 dispone que

Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.⁶⁸

⁶⁷ Se trata en el caso argentino, por tanto, de una garantía institucional, no propiamente de “derechos” indígenas.

⁶⁸ Casos parecidos se encuentran en la Constitución de Brasil de 1988 (artículos 231 y 232) y en la de Guatemala (artículo 66). Más ambiguo es el artículo 83 de la Constitución de Ecuador, cuyo texto es el siguiente: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”; un comentario a este precepto puede verse en Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002, p. 126.

3. *La armonización entre el derecho nacional y el derecho indígena*

Una de las principales reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir, con un “derecho al propio derecho”.⁶⁹ En la mayoría de ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud.

Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el subsistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmente intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas.

Las tensiones mencionadas se pueden dar en dos distintas dimensiones: una individual y otra organizativa o de naturaleza institucional. Conviene analizarlas por separado puesto que se trata de problemas cercanos, pero diferentes.

A. El derecho indígena y los derechos fundamentales

Varias Constituciones de América Latina les han otorgado a los pueblos indígenas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por “usos y costumbres”; el límite para dicha aplicación ha sido el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales.

Y es aquí, como se ha dicho, donde se han presentado algunos problemas de armonización. La cuestión principal es la de cómo se debe entender ese respeto a los derechos fundamentales. Si el respeto debe ser amplio y total, las posibilidades de actuación de los usos y costumbres serían bastante limitadas;⁷⁰ si ese respeto puede “ceder” o “matizarse” en algunos casos, el subsistema jurídico indígena tendría un mayor campo de actuación.⁷¹

Veamos un caso concreto que nos sirve para ilustrar lo anterior y que pone también de manifiesto algunas de las dificultades prácticas con las que se enfrenta la delimitación de los alcances de cada sistema jurídico. Se trata de un

⁶⁹ Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, cit., p. XII.

⁷⁰ Ver las consideraciones de la sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana.

⁷¹ En este segundo supuesto habría que determinar los criterios y fundamentos bajo los que se podría llevar a cabo esa cesión o matización.

caso real, retomado por Rodolfo Vázquez de un testimonio que se encuentra en un libro del conocido indigenista Rodolfo Stavenhagen:

En una comunidad indígena de Oaxaca, un hombre mató a su amigo en una reyerta, ambos en estado de embriaguez. Después de varios días de discusión, el consejo de ancianos de la comunidad, como *autoridad tradicional*, decidió que el culpable, siendo soltero, debía casarse con la viuda de su víctima y sostener a los hijos de ésta. De esta manera, se resolvió el problema del sostén económico de la familia de la víctima, el culpable asumió su culpa y su responsabilidad, se evitaron conflictos potenciales entre las familias de ambos y se mantuvo el equilibrio social de la comunidad. Sin embargo, enterada la autoridad judicial del estado del homicidio cometido, quiso aprehender al asesino. La comunidad se negó a entregarlo y la autoridad gubernamental llamó al Ejército para proceder en su contra. Ante la posibilidad de un conflicto violento con la comunidad, el gobernador del estado decidió respetar la decisión de la comunidad.⁷²

Supongamos que a esa comunidad el sistema jurídico nacional le había reconocido autonomía para organizar su propio sistema judicial, el cual en consecuencia podía proceder a aplicar sus “usos y costumbres”.⁷³ Con independencia de la valoración moral que nos merezca el caso narrado, cuestión que ahora no interesa, se plantean desde el punto de vista jurídico al menos las siguientes cuestiones: ¿es compatible, en materia penal, el sistema de usos y costumbres (un sistema no escrito, por tanto) con el principio de legalidad (concretamente con el principio de tipicidad)?⁷⁴ ¿qué tipo de sanciones pueden aplicar las autoridades tradicionales?, ¿se vulnera el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva?,⁷⁵ ¿qué sucede si el propio subsistema indígena —como es frecuente— no prevé un mecanismo para impugnar la decisión tomada por las autoridades tradicionales?⁷⁶

⁷² “Derechos de las minorías y tolerancia”, en Carbonell, Cruz Parceroy y Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., p. 334.

⁷³ Como se verá más adelante, el fundamento se podría encontrar en el artículo 2o., apartado A, fracciones I y II de la Constitución mexicana.

⁷⁴ Sobre el tema, además de lo que ya se dijo en el capítulo cuarto de este libro, Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.

⁷⁵ Hay que recordar que el apartado B del artículo 20 constitucional recoge los derechos de las víctimas de un delito.

⁷⁶ Varias de estas preguntas han sido ya planteadas ante la Corte Constitucional colombiana; ver, al respecto, Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana”, cit.

En cualquier caso, lo que no parece ofrecer muchas dudas —aunque ahora sea un asunto tangencial al tema que nos ocupa— es el peligro que supone instalarse en la ambigüedad de que un gobernador pueda decidir, por sí y ante sí, sobre la oportunidad de reconocer o no una decisión tomada por las autoridades indígenas; es mucho más apegado a los principios del Estado de derecho que todo este tipo de cuestiones caiga dentro de la competencia exclusiva (y por tanto excluyente) del Poder Judicial. Tampoco se ajusta a los patrones de un Estado democrático de derecho el que se llame al Ejército para realizar tareas que le corresponden a las autoridades civiles; en el caso mexicano, como ya se ha visto, ese llamamiento viola el artículo 129 constitucional en la parte que dispone que “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.

En el caso narrado, hay que considerar que las dudas que puedan surgir sobre la compatibilidad de un uso y costumbre indígena con los derechos fundamentales difícilmente podrán ser enjuiciadas de forma legítima dentro de los dispositivos institucionales y normativos de un Estado (como el mexicano) que se ha caracterizado en la historia reciente justamente por violar esos mismos derechos. Ni tampoco tendrán una completa legitimidad (en sentido político, no jurídico, desde luego) los ministerios públicos o los jueces que conozcan de los eventuales procesos a que se pueda dar lugar por esas inconsistencias entre los sistemas jurídicos, que en tantas ocasiones han actuado de forma arbitraria, sobre todo contra los indígenas. Convergen en ese tipo de escenarios, y ante casos extremos como el que se ha mencionado, una *suma de ilegitimidades*, pues quien tendría que corregir una violación no tiene credenciales morales para hacerlo e incluso ha sido él mismo ejecutor de actos similares en una buena cantidad de casos.

La autonomía jurisdiccional para los pueblos indígenas está reconocida al menos en las Constituciones de Colombia, Ecuador y México. El artículo 246 de la Constitución colombiana establece que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.⁷⁷

⁷⁷ Este precepto está desarrollado por el decreto 436 de 1992 del Ministerio de Gobierno, relativo a la creación del consejo nacional de política indigenista y por la Ley 1088 de 1993, que regula la creación de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

Sobre este precepto la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido lo siguiente:

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.⁷⁸

En sentido parecido a lo que se establece en Colombia, el artículo 191, párrafo cuarto, de la Constitución ecuatoriana dispone que

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema jurídico nacional.

El apartado A del artículo 2o. de la Constitución mexicana se ubica en la misma línea que los dos textos constitucionales que se acaban de mencionar; su texto es el siguiente

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En los textos transcritos aparecen tres elementos constantes: el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en el respeto a los derechos fundamen-

⁷⁸ Sentencia C-139 de 1996.

tales establecidos en la propia Constitución y la remisión al legislador para establecer los mecanismos de “validación” o “compatibilización” de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas.

Ha sido Colombia el país donde se ha explorado con mayor profundidad el tema de los límites de la aplicación del derecho indígena. Su Corte Constitucional ha tenido que definir la constitucionalidad de algunas sanciones de carácter penal impuestas por las autoridades indígenas y que, según algunos, se instalaban en la prohibición de penas inusitadas o incluso en el concepto de tortura; la misma Corte se ha pronunciado sobre varios casos que, sin afectar a los derechos fundamentales, sí tenían que ver con el tema de la compatibilidad entre el sistema jurídico indígena y el nacional.⁷⁹

B. Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales

Si en el apartado anterior el tema de la armonización entre el sistema jurídico nacional y el subsistema indígena tenía una connotación esencialmente individual, hay que mencionar ahora que dicho tema adquiere también una proyección colectiva; es decir, no se trata de la aplicación del derecho indígena a una persona concreta, sino de prácticas colectivas que, en algunos casos, pueden también generar algunas tensiones en el ordenamiento jurídico.

Son varias las Constituciones de la región que reconocen, junto a la autonomía jurisdiccional, la autonomía política de los pueblos indígenas para elegir a sus gobernantes según sus usos y costumbres. Concretamente en el estado mexicano de Oaxaca, de sus 570 municipios, 412 eligen a sus autoridades por distintos sistemas consuetudinarios, no por tanto a través del sufragio universal y secreto (ver el artículo 25 de la Constitución oaxaqueña).⁸⁰ Según informes de la Organización de Estados Americanos, dicha forma de elección es compatible con “el pluralismo político, el derecho a la participación y la libertad de expresión”, aunque no sucede lo mismo en otros estados de la República mexicana, como es el caso de Chiapas.⁸¹

⁷⁹ Para una primera aproximación, Aparicio, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, cit., pp. 107 y ss., así como Solano González, Edgar, obra citada.

⁸⁰ Al respecto, González Oropeza, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 433 y ss. Es también interesante para el tema que nos ocupa la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, aprobada por el Poder Legislativo local el 17 de junio de 1998.

⁸¹ Ver el informe sobre la situación de los derechos humanos en México correspondiente a 1998 (cap. VII); se puede consultar en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp>.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en diversos casos sobre los alcances de la autonomía indígena en materia electoral y concretamente sobre las elecciones llevadas a cabo por medio de los usos y costumbres; a las tesis correspondientes haremos referencia en las páginas que siguen.

C. La tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales

Por lo general, los grupos que, como los pueblos indígenas, reivindican cuestiones de reconocimiento, sufren también fuertes desigualdades por motivos económicos; las mujeres, que reivindican el reconocimiento de género, sufren discriminación en el empleo, los salarios, el acceso a los mejores puestos, etcétera; los afroamericanos en Estados Unidos padecen simultáneamente una discriminación cultural (el racismo entendido como menosprecio, la estereotipación como delincuentes, vagos, malos estudiantes, etcétera) y una discriminación económica (la relegación a los peores trabajos, mayor desempleo, menores salarios, entre otros).

Esto supone una cierta tensión en el sentido de que, para acabar con las discriminaciones por motivos culturales (o en otras palabras, para satisfacer las reivindicaciones de reconocimiento), se suelen crear estatus —jurídicos y sociales— diferenciados, en donde se trata positivamente a la pertenencia cultural hasta entonces discriminada; sin embargo, para terminar con la discriminación económica (o en otras palabras, para satisfacer la reivindicación redistributiva) lo que se intenta es un poco lo contrario, es decir, lograr una igualdad a través de la extensión universal —sin diferenciación, por tanto— de los derechos fundamentales, sobre todo los de naturaleza social y económica. Por ejemplo, en materia de género, Nancy Fraser señala que “Mientras la lógica de la redistribución consiste en poner al género como tal al margen del juego, la lógica del reconocimiento consiste en valorar la especificidad de género”.⁸²

Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y cuestiones de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura socioeconómica como de

Un panorama interesante sobre los derechos indígenas en las entidades federativas de México puede encontrarse en Olvera, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas”, en González Galván, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, cit., pp. 165 y ss.

⁸² Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*; edición en castellano, Madrid, núm. 0, 2000, p. 139.

la estructura de la valoración cultural.⁸³ En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen tanto discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socioeconómico. Es lo que explica, tal vez, la separación y los objetivos distintos de sus reclamaciones, que lo mismo tienen como meta la autonomía política y administrativa, que las reivindicaciones sociales para combatir la desnutrición, la falta de desarrollo económico y la marginación social.

III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

El texto actual del artículo 2o. constitucional es producto de la reforma a la carta magna publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 (que tuvo por objeto modificaciones a los artículos 1o., 2o., 4o., 18 y 115). A esa reforma se le ha llamado, quizá no del todo correctamente, la “reforma constitucional en materia indígena”.

La reforma en materia indígena se había venido gestando desde hace varios años y estuvo precedida de un largo proceso de discusión, no sólo en el ámbito parlamentario, sino también en el de los medios de comunicación y en muchos sectores de la sociedad civil organizada. Obviamente, la posibilidad de ampliar los contenidos constitucionales referidos a los derechos y cultura indígenas había sido estudiada y analizada también por las propias comunidades indígenas y sus representantes.

Cabe recordar que el reconocimiento de la temática indígena ya figuraba en la Constitución desde la reforma al artículo 4o. publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2o.

En el primer párrafo del nuevo texto del artículo 2o. se recoge una afirmación que quizá no tenga un talante del todo democrático, y que más bien contiene algunos ecos propios de las dictaduras que enarbolaban la causa de la unidad nacional como excusa para prolongar su dominio sobre la sociedad y para cometer los peores vilipendios contra la población. Su texto dice, escuetamente, lo siguiente: “La nación mexicana es única e indivisible”.

En su segundo párrafo se contiene una definición de los “pueblos indígenas”: son aquellos —nos indica el precepto que se comenta— “que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, cultu-

⁸³ *Ibidem*, p. 137. De la misma autora, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

rales y políticas, o parte de ellas”. Ya hemos visto que este tipo de definiciones, pese a sus ambigüedades, no parecen extrañas en el derecho comparado que se refiere al tema indígena.

El párrafo tercero del artículo 2o. intenta aportar un criterio para determinar el “ámbito personal de validez” del resto de disposiciones del mismo precepto. Establece que “La conciencia de su identidad indígena deberá ser el criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas” (texto tomado del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT). Dicha disposición, como se puede ver, no delimita con precisión el ámbito personal de validez de los derechos indígenas, y el criterio que ofrece para concretarlo es vago y genérico, por decir lo menos: la conciencia de una identidad. Se entiende que debe ser la conciencia *individual* del sujeto, lo cual puede generar algunos problemas en el momento de intentar delimitar si a cierta persona se le debe aplicar el régimen jurídico común (ya sea local o federal) o el derivado de los usos y costumbres indígenas que también tiene reconocimiento constitucional expreso, como veremos enseguida.

El párrafo cuarto contiene la definición de las comunidades que integran un pueblo indígena, que son “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

El párrafo quinto contiene la remisión del desarrollo del reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas a las Constituciones y leyes locales, lo cual supone una vía importante de apertura para que sean las legislaturas locales las que determinen —según sus propias necesidades y problemas— el régimen jurídico de los pueblos y comunidades indígenas. Este párrafo es una de las claves para entender el sistema que la Constitución establece en materia de derechos indígenas. No solamente porque abre vías de desarrollo de esos derechos al mismo tiempo que asigna responsabilidades a las autoridades de las entidades federativas, sino porque pone de manifiesto que la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 no cerró el debate sobre el tema, sino que apenas lo abrió.

En interpretación del párrafo quinto y del artículo 2o. constitucional en su conjunto, la Corte ha sostenido un par de tesis aisladas que reafirman lo que se acaba de decir; la primera al sostener que los derechos indígenas establecidos en la Constitución federal pueden ser ampliados por los Congresos locales; la segunda al precisar que los derechos indígenas que ya estaban establecidos antes de la reforma de 2001 y que pueden tener una mayor amplitud que los que quedaron plasmados en el texto constitucional a partir de esa reforma, no fueron afectados por la misma, de manera que siguen estando plenamente vigen-

tes. El texto de las tesis en las que se contiene lo que se acaba de decir es el siguiente:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA. El artículo 1o. de la Constitución federal establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, sí son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia. Tesis aislada, novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, noviembre de 2002, tesis 2a. CXL/2002, p. 446.

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES LOCALES EN FAVOR DE ELLOS NO FUERON LIMITADOS POR LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LA MATERIA, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO. Las reformas en materia indígena a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, en vigor a partir del día siguiente conforme a su artículo primero transitorio, dejan a las entidades federativas la regulación jurídica relativa al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que sólo están sujetas a las definiciones y criterios generales que al respecto se establecen, a la estructuración legal de las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad, al postulado básico de unidad e indivisibilidad nacional y a que la autonomía se ejerza dentro del marco constitucional, ello en virtud de que el artículo

40 de la Constitución Federal consigna la unión del pueblo mexicano en una Federación establecida de acuerdo con sus principios fundamentales, de manera tal que cualquier norma contraria a los principios de unidad e indivisibilidad de la nación mexicana serían contrarios al pacto federal, además de que el numeral 133 de la propia ley fundamental prevé el principio de supremacía constitucional mediante el cual las Constituciones y leyes locales deben ser acordes con el ordenamiento supremo. En ese tenor, los derechos establecidos en favor de los pueblos y comunidades indígenas, así como de los indígenas en lo individual, deben ser considerados como mínimos a garantizarse por los estados en la regulación y organización jurídica que al efecto realicen en sus Constituciones y leyes respectivas, razón por la cual los derechos que tales entidades federativas pudieran haber establecido con anterioridad a favor de los indígenas, no pueden considerarse limitados por los derechos consagrados en las normas constitucionales referidas, pues estos últimos sólo son derechos mínimos a satisfacer, a no ser que fueran contrarios a los postulados básicos de unidad e indivisibilidad nacional y de no sujeción al marco constitucional, caso en el cual serían contrarios, desde su origen y no en virtud de las reformas, a la carta magna, o bien, que los derechos que en tales legislaciones se hubieran previsto no sean los que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de la entidad, lo que no constituye una limitante a tales derechos, sino una exigencia de que se ajusten a la realidad social. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia.

Luego del párrafo quinto, el artículo 2o. se divide en dos apartados: A y B. En el primero de ellos se contienen una serie de disposiciones tendentes a garantizar la libre determinación y la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas; se trata de que los Will Kymlicka ha llamado “derechos de autogobierno”, que son aquellos que se les reconocen a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado para diseñar y ejercer de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional.⁸⁴ Los derechos de autogobierno han sido una de las piezas centrales del debate multiculturalista y representan quizá la reivindicación más permanente y enérgica de muchos grupos minoritarios.⁸⁵

⁸⁴ *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 47-52.

⁸⁵ Al respecto Boaventura de Sousa Santos afirma que “La lucha indígena por la legalidad es doble: es la lucha por un derecho colectivo a crear leyes y derechos. Por una parte, los pueblos indígenas piden, tanto al derecho nacional como al derecho internacional, el reconocimiento de sus derechos colectivos como pueblos, sobre todo el derecho a la autodetermina-

En el apartado B se enlistan una serie de medidas de carácter positivo que deberán llevar a cabo las autoridades federales, las locales y las municipales para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas (no está claro si entre ellos o también en relación con el resto de habitantes de la República; supongo que esto último es lo más razonable) y eliminar cualquier práctica discriminatoria; en dicho apartado se contienen lo que el propio Kymlicka llama “derechos poliétnicos”,⁸⁶ que tienen por objetivo erradicar las discriminaciones y los prejuicios existentes contra las minorías culturales y que se concretan, entre otras cuestiones, en la exigencia de subvención pública para las prácticas culturales de las comunidades o para tener acceso en condiciones de cierta igualdad a los mercados de intercambio de bienes y servicios. En realidad, tampoco es muy claro que se trate de *derechos* en sentido estricto, pues por su redacción más bien parece tratarse de tareas públicas que obligan a los órganos de los tres niveles de gobierno a desarrollar determinadas políticas para mejorar la situación social y económica de los indígenas.

1. *Derechos de autogobierno*

El contenido del apartado A, dicho de forma sucinta, es el siguiente: los pueblos indígenas tienen autonomía para:

- Decidir sus formas internas de convivencia y su organización social;
- Aplicar sus propios sistemas normativos; dicha aplicación está limitada por las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, por la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces y tribunales correspondientes.
- Elección por usos y costumbres de sus propias autoridades para el ejercicio del gobierno interno.
- Preservar y enriquecer sus lenguas y demás elementos de su cultura e identidad.
- Conservar y mejorar su hábitat y preservar la integridad de sus tierras.
- Acceder a la propiedad y tenencia de la tierra en los términos de la misma Constitución y de las leyes aplicables.
- Elegir, en su caso, representantes ante los municipios.

ción; por otra parte, de acuerdo con el derecho indígena autónomo, el contenido sustantivo supremo de dicho derecho es el autogobierno”, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 172 y 173.

⁸⁶ *Ciudadanía multicultural, cit.*, pp. 52 y 53.

—Acceder a la jurisdicción del estado, para lo cual se deberá tomar en cuenta, en los procesos en los que sean parte, sus costumbres y especificidades culturales; se debe contar con la asistencia de intérprete cuando sea necesario y de defensores que conozcan su lengua y su cultura.

La interpretación jurisprudencial de los derechos de autogobierno no es muy abundante, aunque existen diversas tesis relacionadas con la materia electoral y particularmente con los usos y costumbres indígenas como método para elegir a las autoridades de sus pueblos y comunidades.

Son todos criterios dictados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que por su importancia, vale la pena transcribir íntegramente.

El primero de ellos establece el principio de la interpretación más favorable a las comunidades indígenas en la aplicación de las reglas procesales; su texto es el siguiente:

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES DEBE HACERSE DE LA FORMA QUE LES SEA MÁS FAVORABLE. Las normas procesales, especialmente aquellas que imponen determinadas cargas, deben interpretarse de la forma que resulte más favorable a las comunidades indígenas. Así se considera si se toma en cuenta que, por una parte, el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y por otra, que el legislador ha establecido diversos procedimientos tuitivos o tutelares, en los que primordialmente se atiende a la necesidad de establecer protecciones jurídicas especiales en favor de las comunidades indígenas y de los sujetos que las conforman, por sus particulares condiciones de desigualdad, facilitándoles el acceso a la tutela judicial para que ésta sea efectiva, mediante el establecimiento de plazos más largos, entre otras situaciones más benéficas, supuesto en el que se encuentran las comunidades indígenas. De esta manera, no se debe colocar a los integrantes de los pueblos indígenas en un verdadero y franco estado de indefensión, al exigirles la satisfacción o cumplimiento de cargas procesales que sean irracionales, de acuerdo con su circunstancia de desventaja ampliamente reconocida por el legislador en diversos ordenamientos legales. Además, no debe perderse de vista que los medios procesales encaminados a la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, igualmente poseen la característica de ser procesos tuitivos o tutelares de éstos, con formalidades especiales para su adecuada protección. Sala Superior, tesis S3EL 047/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pasó a ser la fracción VIII del apartado A, del

artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

Otras tesis tienen que ver directamente con el alcance de los usos y costumbres en materia electoral, así como con los deberes de las autoridades electorales para respetar dichos usos y costumbres; entre ellas se encuentran las siguientes:

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. ATRIBUCIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL DE OAXACA EN LAS ELECCIONES. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 125 del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, el Instituto Estatal Electoral, cuando se declaren nulas las elecciones de ayuntamientos, debe sujetar las elecciones extraordinarias que celebre a lo dispuesto en el propio código electoral local, así como a lo que el mismo instituto disponga en la convocatoria que expida, sin restringir los derechos que se reconocen a los ciudadanos y alterar los procedimientos y formalidades que en el propio ordenamiento jurídico se establecen (salvo el ajustar los plazos, conforme con los de la convocatoria). Asimismo, el Instituto Estatal Electoral, a través de su Consejo General, debe conocer, en su oportunidad, de los casos de controversia que surjan respecto de la renovación de los ayuntamientos bajo las normas de derecho consuetudinario y, previamente a cualquier resolución, buscar la conciliación entre las partes, o bien, una consulta con la comunidad, lo cual puede implicar que una vez que se agoten los mecanismos autocompositivos se acuda al expediente heterocompositivo, decidiendo lo que en derecho proceda. Así, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca debe hacer un uso tenaz, pertinente y constante de las atribuciones que a su cargo se prevén en el artículo 125 del código electoral local y, atendiendo a las finalidades que se prevén en el numeral 58 de ese mismo ordenamiento jurídico, realizar un significativo y razonable número de pláticas de conciliación entre los integrantes de cierta comunidad o población indígena, o bien, municipio que se rija por dicho sistema normativo, y, en todo caso, si persisten los puntos de disenso entre los mismos, realizar una consulta a la comunidad para que ella se pronuncie sobre las diferencias y, en su oportunidad, el propio Consejo General resuelva lo conducente, atendiendo al interés superior de la comunidad de que se trate. De lo anterior, se concluye que, aunado a los alcances de los principios de objetividad, certeza, legalidad y profesionalismo, sobre el instituto pesa una carga o imperativo que no admite excusa alguna para eludir la observancia de una obligación instrumental que debe entenderse como dirigida a dar vigencia a la prescripción constitucional de todo Estado republicano que se centra en la renovación periódica de los órganos de elección popular, a través del sufragio, en términos de lo dispuesto en los artículos 41, párrafo primero, y 115, párrafo primero, fracción I y 116, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reitera en los artículos 29, párrafo primero y 98, párrafos primero y tercero de la Constitución local, y 3o., 17, 20, 22, 23, 24 y 124 del código electoral local (al preverse que: a) El Estado adopta la forma de gobierno republicano, para su

régimen interior; b) Los ayuntamientos son asambleas electas mediante sufragio, y c) Los concejales que los integren duran en su encargo tres años, incluidos los electos por el sistema de usos y costumbres, ya que, aunque desempeñaran el cargo durante el tiempo que sus tradiciones y prácticas democráticas determinen, dicho nombramiento no podrá exceder de tres años). Además, si constitucionalmente se ha establecido que, a través de la ley, se protegerá y promoverá el desarrollo de los usos y costumbres, así como las formas específicas de organización social de los pueblos indígenas (artículo 4o., párrafo primero) y, consecuentemente, en el ámbito normativo de la competencia del constituyente del estado de Oaxaca (artículos 16, párrafo segundo; 25, párrafo decimoquinto, y 29, párrafo segundo), se ha aceptado y determinado que el legislador local está obligado a establecer las normas, medidas y procedimientos que promuevan el desarrollo de las formas específicas de organización social de las comunidades indígenas, y proteger las tradiciones y prácticas democráticas de tales comunidades, las cuales hasta ahora se han utilizado para la elección de sus ayuntamientos, razón por la cual debe ser apegado a la Constitución federal y a la Constitución local, el proceder del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, disponiendo y previendo lo suficiente, razonable y necesario para dar vigencia al derecho político del pueblo o comunidad indígena de que se trate, para elegir a los concejales al ayuntamiento municipal respectivo, de acuerdo con sus usos y costumbres; esta situación deriva, además, de que el citado instituto es la autoridad competente en la que se delega la función estatal de organizar y desarrollar los actos de interés público relativos a las elecciones y que agrupa para su desempeño, en forma integral y directa, las facultades relativas a la preparación de la jornada electoral, la realización de cómputos y el otorgamiento de constancias, entre otras, en términos de lo prescrito en los artículos 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso b), de la Constitución Federal y 25, párrafos primero, tercero y cuarto, de la Constitución local. Sala Superior, tesis S3EL 143/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001. Asimismo, el contenido del artículo 98 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que se invoca en la tesis, quedó incorporado en el artículo 113 del mismo ordenamiento conforme con la reforma publicada en el periódico oficial de la misma entidad el 8 de diciembre de 2000.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CUANDO SE TRATA DE ACTOS MATERIALMENTE ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER ELECTORAL DE UN CONGRESO ESTATAL. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como máxima autoridad jurisdiccional en la materia, salvo lo dispuesto en la fracción

II del artículo 105 constitucional, según se dispone en el artículo 99, párrafo segundo, fracción V, de la Constitución federal, tiene atribuciones para reparar el orden constitucional violado en ciertos casos determinados y restituir a los promoventes en el uso y goce del derecho político-electoral que les sea conculcado, con independencia de los actos o resoluciones que deban ordenarse, modificarse, revocarse o dejar sin efectos, como consecuencia de la sentencia y en plenitud de jurisdicción a fin de garantizar, en términos de lo preceptuado en el artículo 4o., párrafo primero, de la propia ley fundamental, a los integrantes de los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En este sentido, si en cierto asunto, el medio de impugnación fue presentado por sólo uno o algunos ciudadanos de una comunidad contra un acto de autoridad que la afecte en su conjunto, como puede ser un decreto legislativo, debe considerarse que el medio de impugnación está dirigido a permitir el control de la constitucionalidad de actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales del ciudadano, ya que ni en la Constitución federal (artículo 99, párrafo cuarto, fracción I) como tampoco en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se establece que estén excluidos los actos de los órganos legislativos, siempre que esos actos no tengan el alcance de una ley —abstracción, heteronomía, generalidad e impersonalidad— (puesto que en caso contrario se trataría de una norma general o ley respecto de la cual sería procedente la acción de inconstitucionalidad, en términos de lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, tercer párrafo, de la carta magna). Es decir, es equivocado admitir que los actos de un Congreso local no puedan ser modificados como efecto de una sentencia que recaiga en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, puesto que, en los preceptos citados de la Ley Suprema y de la ley adjetiva federal, expresamente se alude a actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación sin que se establezca una particular naturaleza del órgano del que provengan. Así, debe entenderse que los eventuales efectos de la sentencia benefician o les paren perjuicios a los demás integrantes de la comunidad, ya que, además, sería como resultado del carácter de máxima autoridad jurisdiccional en la materia y la plenitud de jurisdicción que le están reconocidas al Tribunal Electoral, así como consecuencia de los efectos de la sentencia a fin de restituir, en su caso, el uso y disfrute del derecho político-electoral violado por los actos de autoridad, en términos de lo que se establece en los artículos 99, párrafo primero, de la Constitución federal y 6o., párrafo 3; y 84, párrafo 1, inciso c), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Sala Superior, tesis S3EL 144/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. COMPRENDEN EL LUGAR EN QUE SE LLEVAN A CABO LAS ELECCIONES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). La posibilidad jurídica y material de que las elecciones se efectúen en cierto lugar, cuando deriva de una costumbre, es una decisión adoptada por la libre determinación de una comunidad indígena, lo cual no debe ser quebrantado por persona o grupo alguno. De esta manera, si en los artículos 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 16, párrafos primero y segundo, y 25, párrafo decimoquinto, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, se preceptúa que, en la ley, se establecerán las medidas y procedimientos que permitan proteger y promover, así como hacer valer y respetar esos usos, costumbres, tradiciones y prácticas democráticas, incluidos sus derechos sociales, es que se debe preservar la realización de esas elecciones en el sitio en el que inveteradamente ha tenido su desarrollo la correspondiente asamblea electoral, bajo condiciones que aseguren la realización con regularidad y en un ambiente que genere las circunstancias propicias para dar vigencia a unas elecciones auténticas y libres, en las que se pueda ejercer libremente el derecho de sufragio, tal y como se establece en los artículos 35, fracción II; 41, párrafo segundo, fracción I, segundo párrafo, de la Constitución federal; 24, fracción I; 29, párrafo segundo, y 98, párrafo primero, de la Constitución local, así como 3o., 6o., párrafo 3; 113 y 116 del código electoral local. Sala Superior, tesis S3EL 145/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Incidente de ejecución de sentencia. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 19 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001. Asimismo, el contenido del artículo 98 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que se invoca en la tesis, quedó incorporado en el artículo 113 del mismo ordenamiento conforme con la reforma publicada en el periódico oficial de la misma entidad el 8 de diciembre de 2000.

USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO ELECTORAL CONSUETUDINARIO. CIUDADANOS Y AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADOS A RESPETARLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). En términos de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 16, párrafos primero y segundo, y 25, párrafo decimoquinto, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, si en la ley se reconoce la validez y vigencia de las formas de organización social, política y de gobierno de las comunidades indígenas, entonces resulta que los ciudadanos y las autoridades comunitarias, municipales, estatales, del Distrito Federal y federales, están obligados a respetar las normas consuetudinarias o reglas internas respectivas. Sala Superior, tesis S3EL 146/2002. Juicio para la protección de los derechos

político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Incidente de ejecución de sentencia. Herminio Quiñónes Osorio y otro. 19 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya. Nota: El contenido del primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó incorporado en el artículo 2o. de la misma Constitución, conforme con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

Una limitación muy importante a los usos y costumbres en materia electoral es la establecida por el principio de universalidad del sufragio, de acuerdo con la siguiente tesis:

USOS Y COSTUMBRES. ELECCIONES EFECTUADAS BAJO ESTE RÉGIMEN PUEDEN SER AFECTADAS SI VULNERAN EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO. Si bien las elecciones por usos y costumbres indígenas no contravienen el principio constitucional de igualdad; cuando impliquen actividades que violenten la universalidad del voto, no serán válidas. En efecto, de la interpretación de los artículos 30, 34, 35, fracción I y 36, fracción III, 115, primer párrafo, fracción I; 116, segundo párrafo, fracción I, párrafo segundo y fracción IV, inciso a); así como 122, párrafos cuarto y sexto, apartado c, base primera, fracción I de la Constitución federal, se infiere que el derecho de sufragio constituye la piedra angular del sistema democrático, en tanto que, con su ejercicio, se permite la necesaria conexión entre los ciudadanos y el poder público, legitimando a éste; de ahí que, si se considera que en una elección no se respetó el principio de universalidad del sufragio, ello conduce a establecer que se han infringido los preceptos que lo tutelan y que, además, se ha atentado contra la esencia misma del sistema democrático. Por lo tanto, la característica de universalidad del sufragio implica que, salvo las excepciones expresamente permitidas por los ordenamientos nacional y estatal, toda persona física se encuentra en aptitud de ejercerlo en las elecciones populares que se celebren, para la renovación de los órganos públicos representativos del Estado mexicano, sean éstas federales, estatales o municipales ordinarias, o mediante reglas de derecho consuetudinario, sin que para tales efectos sean relevantes cualesquiera otras circunstancias o condiciones sociales o personales, tales como etnia, raza, sexo, dignidad, mérito, experiencia, formación, rendimiento, etcétera. Por ello, es posible afirmar que la universalidad del sufragio se funda en el principio de un hombre, un voto; con el cual se pretende el máximo ensanchamiento del cuerpo electoral en orden a asegurar la coincidencia del electorado activo con la capacidad de derecho público. Consecuentemente, si en una comunidad indígena no se permitiera votar a los ciudadanos que no residieran en la cabecera municipal, dicha restricción se traduciría en la negación o anulación de su derecho fundamental a sufragar, y ello significaría la transgresión al principio de igualdad, visto desde el punto de vista subjetivo que emana de dicha norma, el derecho a no ser discriminado injustamente; por lo tanto, esta situación violatoria de derechos fundamentales, queda excluida del ámbito de reconocimiento y tutela de los

derechos de los pueblos y comunidades indígenas previstos por la Constitución federal, al resultar incompatible con los derechos fundamentales que han quedado precisados; por lo que, en consecuencia, esa práctica o tradición adoptada por una comunidad indígena no tendría el carácter de democrática. Sala Superior, tesis S3EL 151/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo.

Finalmente, el Tribunal Electoral reconoce que las elecciones celebradas por medio de los usos y costumbres no vulneran el principio de igualdad; el texto de la tesis correspondiente es el que sigue:

USOS Y COSTUMBRES. LAS ELECCIONES POR ESTE SISTEMA NO IMPLICAN POR SÍ MISMAS VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD. El hecho de que se reconozca jurídicamente la existencia de procedimientos electorales consuetudinarios, no implica prácticas discriminatorias prohibidas por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una de las concreciones normativas del principio de igualdad, en específico, la contenida en el tercer párrafo del artículo de referencia, según el cual está prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Si este precepto se leyera de manera superficial, podría conducir al equívoco de considerar que lo que se encuentra prohibido es toda discriminación, entendida como mera diferenciación por los motivos ahí enunciados, pues, literalmente, si distinguir por cualquier condición o circunstancia personal o social fuera discriminatorio, serían incompatibles con esta disposición innumerables leyes e, incluso, diversas normas constitucionales, como la tutela privilegiada a los trabajadores o normas establecidas para regular los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas y sus miembros (artículo 2o. constitucional), dado que el punto de referencia para la diferenciación o discriminación en tales supuestos es, precisamente, una determinada situación personal. Sin embargo, una lectura más detallada del artículo 1o., tercer párrafo, en cuestión, lleva a percatarse que, tras describir los motivos que son causa de discriminación, se agrega "...o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas", enunciado que permite concluir que la discriminación no es ocasionada por la diferenciación basada en alguna de las circunstancias allí mencionadas, sino que por discriminación, en el sentido jurídico constitucional que es utilizado, se ha de entender la diferenciación injusta, aquella que no toma en cuenta criterios objetivos, razonables y proporcionales para diferenciar o, utilizando la expresión empleada por el poder revisor de la Constitución,

aquella que atenta contra la dignidad humana y tiene como propósito o consecuencia reducir o dejar sin efecto los derechos y libertades de los individuos. Sala Superior, tesis S3EL 152/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo.

En concreto, sobre el derecho de acceso a la jurisdicción estatal, conviene tener presentes las dos tesis siguientes, que ya son de la Suprema Corte:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN ESTATAL. NO SE VIOLAN CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 72, 165 BIS, 171, 183, 269, FRACCIÓN IV, 285, 285 BIS, 290, 296 BIS, 314 Y 426, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, establece que en el acceso a la jurisdicción estatal deberán ser tomadas en cuenta las costumbres y especificidades culturales de las etnias indígenas, con el derecho de ser asistidos en los juicios y procedimientos, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y su cultura; derechos que son respetados por los preceptos impugnados, pues en ellos se establecen diversas formalidades que deben cumplirse a favor de dichas etnias, consistentes en: que en los procesos penales instruidos en contra de un miembro de algún grupo étnico, se debe tomar en cuenta el grupo étnico al que pertenezca (72, fracción II); se procurará allegarse dictámenes periciales a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional (165 bis); podrán fungir como peritos prácticos, personas que pertenezcan al grupo étnico indígena (171); cuando el inculcado fuere un indígena, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos respectivos (269, fracción IV); los servidores públicos asentarán en el acta respectiva, todas las observaciones que acerca del carácter del probable responsable hubieren recogido, ya sea en el momento de cometer el delito, ya durante la detención, o bien durante la práctica de las diligencias en que hubieren intervenido, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenecen, en su caso (285); en la declaración preparatoria deberá incluirse, en su caso, el grupo indígena al que pertenezca el inculcado, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano (290); y durante la instrucción, el tribunal que conozca del proceso deberá tomar en cuenta, entre otras cosas, la pertenencia del inculcado, en su caso, a un grupo étnico indígena las prácticas o características que como miembro de dicho grupo pueda tener (296 bis). Por tanto, si los mencionados requisitos contenidos en los preceptos legales combatidos, tienden a garantizar que los indígenas no queden en estado de indefensión en los procesos penales instruidos en su contra, esto refleja que son acordes con la garantía de acceso a la justicia mencionada. Clave 1a. , núm. XXXVIII/2003. Amparo

directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA. LOS OTORGADOS POR VIRTUD DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO, NO SON VULNERADOS POR LOS ARTÍCULOS 293, 298 Y 315, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (ABROGADO). El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, establece respecto de la materia mencionada, por una parte, la garantía de que los pueblos y comunidades indígenas tendrán sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos y, por otra parte, que en el acceso a la jurisdicción estatal deberán ser tomadas en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Por su parte, los impugnados artículos 293, 298 y 315 del Código Penal para el Distrito Federal (abrogado), definen el tipo penal del delito de lesiones que pongan en peligro la vida, y prevén la pena de prisión que habrá de imponerse a quien cometa tal ilícito, así como sus agravantes. Ahora bien, del estudio comparativo de ambos cuerpos normativos, se advierte que los preceptos impugnados no transgreden los principios que contiene el artículo 2o. constitucional, pues no regulan una conducta que dé lugar a conflictos que deban ser resueltos internamente por los pueblos o comunidades indígenas, conforme sus propios sistemas normativos, ya que prevén el delito de lesiones que ponen en peligro la vida; figura delictiva que es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas, pues sería constitucionalmente inaceptable el hecho de permitir que se infieran lesiones a las personas, aun cuando dicha práctica forme parte de sus usos y costumbres, además de que el tipo penal mencionado tutela el bien jurídico consistente en la integridad física de las personas, lo que debe ser reprochable a todo aquel que cometa dicho ilícito, a fin de inhibirlo. Clave 1a., núm. XXXIX/2003. Amparo directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Sobre el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al territorio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE EL PRINCIPIO TERRITORIAL DE SUS PUEBLOS Y EL DERECHO PREFERENTE DE LAS COMUNIDADES AL USO Y DISFRUTE DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS LUGARES QUE OCUPAN. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, establece como uno de los aspectos de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, la conservación y mejoramiento de su hábitat, la preservación de la integridad de sus tierras y el derecho de acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que ocupan, salvo

aquellos que correspondan a las áreas estratégicas. De lo anterior se advierte que dicho precepto consagra el principio territorial de los pueblos indígenas, al reconocer su unidad con los territorios que ocupan y su hábitat y, por tanto, el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan dentro de lo establecido en la Constitución federal y las leyes de la materia, en debido respeto a su derecho de decidir su forma interna de organización económica, para lo cual se establece la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco constitucional que exige el respeto a derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. Clave 2a., núm. CXXXVIII/2002. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer MacGregor Poisot. Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia.

Ya en uno de los apartados precedentes analizamos el tema de la determinación del sujeto de los derechos indígenas; se trata de un aspecto clave para la correcta comprensión teórica de este tipo de derechos, pero es además un asunto central en el momento de hacerlos valer ante los tribunales, pues de la correcta determinación del sujeto al que un derecho se adscribe, derivará la legitimación correspondiente para acudir ante los tribunales en su defensa. Sobre este punto, que cobra especial relevancia para la tutela de los derechos de autogobierno, la Suprema Corte ha establecido un criterio algo confuso en la siguiente tesis:

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO UNA COMUNIDAD INDÍGENA PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL PROCESO RELATIVO. El interés jurídico para promover el juicio de amparo en contra de un proceso de reformas a la Constitución federal, debe derivar directamente de los efectos que produzca en la esfera jurídica del quejoso la vigencia de los nuevos preceptos, al ser éstos los que pueden producirle un menoscabo. En ese sentido, cabe concluir que el juicio de garantías promovido por una comunidad indígena en contra del referido proceso en materia de derechos de los indígenas es improcedente, al no surtir el presupuesto de afectación a su interés, pues en los artículos constitucionales reformados se prevé una serie de derechos en su favor, como garantías mínimas que deben cumplirse, así como de acciones y obligaciones que deben ser realizadas por la Federación, los estados y los municipios, en sus respectivos ámbitos de competencia, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, eliminar prácticas discriminatorias, asegurar la vigencia de sus derechos, promover su desarrollo integral y abatir las carencias y rezagos que padecen,

lo que lejos de perjudicarlos los beneficia, por lo que el perjuicio relativo no puede derivar de la manera en que el órgano reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos decidió proteger a la población indígena, toda vez que el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia ley fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la nación mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido. Asimismo, la falta de interés jurídico queda evidenciada con el hecho de que ante una hipotética sentencia que otorgara la protección constitucional contra el proceso de reforma constitucional en materia indígena, se ocasionarían perjuicios a la comunidad indígena quejosa en vez de beneficios, ya que no le serían aplicables las normas constitucionales que establecen derechos en su favor, pues en atención al principio de relatividad que rige las sentencias de amparo, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción II, de la Constitución federal y 76 de la Ley de Amparo, sus efectos no podrían ser los de obligar al órgano reformador de la Constitución a reponer el proceso de reformas a la propia carta magna, porque con ello se darían efectos generales a la ejecutoria, en contravención al principio aludido. Clave 2a., núm. CXLI/2002. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad indígena de Zirahuén, municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Dejando en este momento a un lado el tipo de acto que se estaba impugnando, lo que llama la atención de esta tesis es que no le reconoce la legitimación a la comunidad indígena para promover un juicio de amparo ya que no se ven afectados sus intereses. La tesis, sin embargo, confunde entre la legitimación para promover el amparo y el fondo del asunto. Si en efecto los intereses de la comunidad fueron o no afectados por el acto que se estaba reclamando, era un tema que debía resolverse al entrar al fondo del asunto; pero ese paso no se pudo dar al negarle a la comunidad indígena el reconocimiento de la legitimación activa necesaria para promover el amparo. No parece un criterio adecuado, ni desde el punto de vista de la técnica del juicio de amparo ni, mucho menos, desde la óptica de la mejor protección de los derechos de las comunidades indígenas.

2. *Derechos poliétnicos*

El apartado B del artículo 2o. constitucional contiene las siguientes previsiones, que se enlistan de forma resumida: las autoridades de los tres niveles de gobierno están obligadas a:

- Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas y mejorar su economía local.
- Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo, entre otras cuestiones, la educación bilingüe e intercultural.
- Asegurar el efectivo acceso a los servicios de salud, aprovechando debidamente la medicina tradicional.
- Facilitar el acceso de los indígenas al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda.

Cabe apuntar que esta disposición es más amplia que la previsión contenida en el artículo 4o. constitucional que hace referencia al derecho a la vivienda digna y decorosa de “toda familia”. Además, en el artículo 4o. no se hace referencia al “financiamiento”, sino simplemente al “goce” de la vivienda.

- Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo.
- Extender la red de comunicaciones para integrar a las comunidades, incluida la posibilidad de contar con medios de comunicación cuya propiedad, administración y utilización esté a cargo de los indígenas.
- Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas.
- Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes indígenas.
- Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales (ver artículo 6.1 inciso A del Convenio 169 de la OIT).

El objetivo de todas esas medidas, según señala el encabezado del mismo apartado B, es promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria.

El apartado B del artículo 2o. contiene una serie de obligaciones de innegable pertinencia. Son acciones que el gobierno, en todos sus niveles, debe de tomar a la brevedad para compensar un rezago social secular. La duda que surge, sin embargo, es si todas esos nobles y justificados propósitos deben o no de formar parte del texto constitucional.

Hay algunas fracciones del apartado B que parecen extraídas de un Plan Nacional de Desarrollo, de un plan de políticas públicas o incluso de un informe de gobierno. ¿No estamos banalizando con ello la normatividad constitucional?, ¿no estamos estirando demasiado la capacidad retórica —ampliamente probada por décadas de reformas constitucionales demagógicas— de la Constitución?, ¿algunos de esos contenidos no son más propios de la legislación secundaria?, ¿no estamos inflando desmedidamente el contenido del artículo 2o. y, en general, de toda la Constitución con ese tipo de preceptos?

Quizá anticipando el alto impacto retórico que tienen dichas disposiciones, al final del apartado B se dispuso que las autoridades legislativas de los tres niveles de gobierno, “establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas”.

Desde luego, pese a su ambigüedad, todas las fracciones del apartado B son, de alguna manera, justiciables y exigibles; tienen un contenido normativo mínimo que no puede ser vulnerado y que, en su caso, podrá ser exigido ante la jurisdicción constitucional. Es tarea de los intérpretes poner de manifiesto (o intentarlo al menos) que no son una lista de recomendaciones o buenos deseos que las autoridades puedan ir cumpliendo como mejor les parezca: son, por el contrario, mandatos constitucionales, es decir, normas jurídicas vinculantes para autoridades y particulares.

El último párrafo del artículo 2o. extiende las previsiones contempladas para los pueblos y comunidades indígenas a “toda comunidad equiparable a aquéllos”. De nuevo, parece difícil de precisar el ámbito personal de validez de esta disposición.

En suma, la regulación constitucional de los derechos y cultura indígenas encuentra una base razonable en el artículo 2o. Se trata de una regulación inicial que deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria federal y por las Constituciones y leyes de las entidades federativas (obligación explícitamente prevista en el artículo segundo transitorio del decreto de reforma constitucional publicado el 14 de agosto de 2001). También requerirán ser desarrollados los criterios teóricos y prácticos (por ejemplo por parte de los jueces) para ir analizando y delimitando los alcances de cada disposición concreta sobre la materia.

Una legislación que desarrolla los contenidos del artículo 2o. constitucional (y concretamente de la fracción IV del apartado A y la fracción II del apartado B) a los que acabamos de aludir, puede encontrarse en la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas publicada en el *Diario Oficial de la*

Federación el 13 de marzo de 2003. Vamos a examinar someramente su contenido.

El artículo 2o. de la Ley define su objeto de regulación al señalar que

Las lenguas indígenas son aquellas que proceden de los pueblos existentes en el territorio nacional antes del establecimiento del Estado mexicano, además de aquellas provenientes de otros pueblos indoamericanos, igualmente preexistentes que se han arraigado en el territorio nacional con posterioridad y que se reconocen por poseer un conjunto ordenado y sistemático de formas orales funcionales y simbólicas de comunicación.

El artículo 4o. establece la igual validez de las lenguas indígenas y del español dentro de todo el territorio nacional; dicha validez se concretiza y toma forma precisa en el artículo 7o., que dispone lo siguiente:

Las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública. Al Estado corresponde garantizar el ejercicio de los derechos previstos en este artículo, conforme a lo siguiente:

a) En el Distrito Federal y las demás entidades federativas con municipios o comunidades que hablen lenguas indígenas, los gobiernos correspondientes, en consulta con las comunidades indígenas originarias y migrantes, determinarán cuáles de sus dependencias administrativas adoptarán e instrumentarán las medidas para que las instancias requeridas puedan atender y resolver los asuntos que se les planteen en lenguas indígenas.

b) En los municipios con comunidades que hablen lenguas indígenas, se adoptarán e instrumentarán las medidas a que se refiere el párrafo anterior, en todas sus instancias.

La Federación y las entidades federativas tendrán disponibles y difundirán a través de textos, medios audiovisuales e informáticos: leyes, reglamentos, así como los contenidos de los programas, obras, servicios dirigidos a las comunidades indígenas, en la lengua de sus correspondientes beneficiarios.

Como consecuencia de su validez, toda persona puede expresarse en público y en privado en la lengua de la que sea hablante sin ninguna restricción, tanto en forma oral como escrita y en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas, etcétera, según lo establece el artículo 9o. de la Ley.

La preservación de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas supone el respeto hacia el uso de las lenguas de esos pueblos, lo que requiere tanto de autoridades como de particulares del desarrollo de actitudes de abstención y

de no discriminación frente a quienes decidan comunicarse por medio de ellas. Pero también requiere de políticas públicas activas, que no solamente respeten el uso de las lenguas sino que generen una serie de mecanismos institucionales y de estímulos en el ámbito educativo que eviten que algunas de ellas sean progresivamente abandonadas u olvidadas, es decir, la preservación de la diversidad lingüística de México requiere de actividades de fomento por parte de los poderes públicos. En esa línea se ubica el artículo 13 de la ley que se está comentando, cuyo contenido es el siguiente:

Corresponde al Estado en sus distintos órdenes de gobierno la creación de instituciones y la realización de actividades en sus respectivos ámbitos de competencia, para lograr los objetivos generales de la presente Ley, y en particular las siguientes:

I. Incluir dentro de los planes y programas, nacionales, estatales y municipales en materia de educación y cultura indígena las políticas y acciones tendentes a la protección, preservación, promoción y desarrollo de las diversas lenguas indígenas nacionales, contando con la participación de los pueblos y comunidades indígenas;

II. Difundir en las lenguas indígenas nacionales de los beneficiarios, el contenido de los programas, obras y servicios dirigidos a las comunidades indígenas;

III. Difundir a través de los medios de comunicación las lenguas indígenas nacionales de la región para promover su uso y desarrollo;

IV. Incluir en los programas de estudio de la educación básica y normal, el origen y evolución de las lenguas indígenas nacionales, así como de sus aportaciones a la cultura nacional;

V. Supervisar que en la educación pública y privada se fomente o implemente la interculturalidad, el multilingüismo y el respeto a la diversidad lingüística para contribuir a la preservación, estudio y desarrollo de las lenguas indígenas nacionales y su literatura;

VI. Garantizar que los profesores que atiendan la educación básica bilingüe en comunidades indígenas hablen y escriban la lengua del lugar y conozcan la cultura del pueblo indígena de que se trate;

VII. Impulsar políticas de investigación, difusión, estudios y documentación sobre las lenguas indígenas nacionales y sus expresiones literarias;

VIII. Crear bibliotecas, hemerotecas, centros culturales u otras instituciones depositarias que conserven los materiales lingüísticos en lenguas indígenas nacionales;

IX. Procurar que en las bibliotecas públicas se reserve un lugar para la conservación de la información y documentación más representativa de la literatura y lenguas indígenas nacionales;

X. Apoyar a las instituciones públicas y privadas, así como a las organizaciones de la sociedad civil, legalmente constituidas, que realicen investigaciones etnolingüísticas, en todo lo relacionado al cumplimiento de los objetivos de esta Ley;

XI. Apoyar la formación y acreditación profesional de intérpretes y traductores en lenguas indígenas nacionales y español;

XII. Garantizar que las instituciones, dependencias y oficinas públicas cuenten con personal que tenga conocimientos de las lenguas indígenas nacionales requeridas en sus respectivos territorios;

XIII. Establecer políticas, acciones y vías para proteger y preservar el uso de las lenguas y culturas nacionales de los migrantes indígenas en el territorio nacional y en el extranjero, y

XIV. Propiciar y fomentar que los hablantes de las lenguas indígenas nacionales participen en las políticas que promuevan los estudios que se realicen en los diversos órdenes de gobierno, espacios académicos y de investigación.

Para la aplicación en el ámbito administrativo de la ley, se crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, como organismo descentralizado de la administración pública federal (artículos 14 y siguientes de la Ley).

IV. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La regulación de los derechos de las minorías en el derecho internacional es muy compleja de realizar, en parte por la diversidad de los problemas que afectan a dichas minorías y en parte también porque con frecuencia se trata de cuestiones sobre las que los Estados se resisten a dejarse regular por instancias internacionales, sobre todo teniendo en cuenta el contexto social potencialmente explosivo que puede afectar a ciertas regiones (País Vasco, Irlanda del Norte, los pueblos indígenas en América Latina, las etnias independentistas en Europa del Este, los grupos tribales en países africanos y así por el estilo).

Desde luego, las dificultades mencionadas no son un obstáculo insuperable, pero sí exigen un marco teórico muy bien construido, que permita generar una regulación apropiada de los derechos en cuestión por medio de instrumentos de carácter internacional. Como lo señala Kymlicka,

si tenemos que embarcarnos en este proyecto de internacionalización de los derechos de las minorías, necesitaremos algunas herramientas teóricas que nos permitan aislar los principios subyacentes de los miles de variaciones locales que presenta la forma en que se institucionalizan esos principios... necesitamos una teoría que nos ayude a identificar las amenazas estándar que han de encarar las minorías en todo el mundo, las amenazas de las que deben ser protegidas, dejando al mismo tiempo un

margen de flexibilidad para que los países identifiquen qué tipos de remedios habrán de funcionar mejor en sus propios contextos.⁸⁷

El objetivo de este apartado no es hacer un recorrido completo por todos los instrumentos internacionales que existen en la materia y por los muy importantes que se están discutiendo por ejemplo en el seno de la ONU.⁸⁸ Nos detendremos simplemente en dos documentos que, desde mi punto de vista, son los más relevantes hasta el momento. Me refiero al Convenio 169 de la OIT, al que ya se han hecho repetidas alusiones en este capítulo y a la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1990.⁸⁹

Antes de entrar al análisis de los dos documentos normativos señalados, conviene simplemente apuntar que tanto la cuestión de las minorías culturales, como la de los derechos de las poblaciones indígenas fueron objeto de pronunciamientos específicos en la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993; con respecto a los derechos de las minorías se afirmó en ese documento que⁹⁰

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad con la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a su propia cultura, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma en público y en privado, con toda libertad y sin injerencia ni discriminación alguna.

Con respecto a los derechos de las poblaciones indígenas, en el mismo documento se sostuvo que

⁸⁷ *La política vernácula*, cit., p. 18.

⁸⁸ Al respecto, Kymlicka, Will, *La política vernácula*, cit., p. 17, donde se hace referencia al borrador de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se está trabajando desde hace años en las Naciones Unidas o a la Declaración Universal de los Derechos de las Minorías que vendría a servir de complemento a la Declaración Universal de 1948.

⁸⁹ Ambos documentos pueden ser consultados en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 355-371 y 91-95, respectivamente.

⁹⁰ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, p. 1318.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

La Declaración de la ONU de 1990 dispone que “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad” (artículo 1o.); esto significa que la tutela de las minorías requiere no solamente de abstenciones por parte de los Estados, sino también de actuaciones positivas de fomento de las identidades minoritarias.

La Declaración reconoce el derecho de las minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar su religión y a utilizar su idioma tanto en público como en privado (artículo 2.1), así como el derecho de asociación (artículo 2.4), el derecho a participar efectivamente en la toma de las decisiones que les afecten tanto a nivel nacional como regional (artículo 2.3) y a disfrutar sus derechos sin ser discriminadas (artículos 3o. y 4.1).

En cuanto a las actuaciones positivas del Estado, la Declaración se refiere a la enseñanza de la historia de las minorías y al aprendizaje de su propia lengua (artículo 4o. numerales 3 y 4).

Finalmente, la Declaración pone a salvo las medidas de discriminación inversa que los Estados puedan tomar en favor de las minorías al señalar que tales medidas no deben considerarse *prima facie* como violatorias del principio de igualdad (artículo 8.3); también intenta armonizar los derechos de las minorías con el resto de los derechos al establecer que “El ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración se entenderá sin perjuicio del disfrute por todas las personas de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente” (artículo 8.2).

Por lo que hace al Convenio 169 de la OIT, podemos decir que en términos generales trata de los mismos asuntos que la Declaración, pero añade precisiones interesantes sobre ciertos derechos a la vez que intenta aterrizar los postulados más generales de aquélla. El Convenio es, hasta el momento, el texto más ambicioso que existe en la ruta de internacionalizar los derechos de las minorías etnoculturales. Ya en los apartados precedentes hemos hecho referencia a la definición que el Convenio aporta de los pueblos indígenas (artículo 1.1.B) y del criterio fundamental que debe servir de base para saber si una persona pertenece o no a esos pueblos (artículo 1.2.). Vamos a revisar ahora el resto de los contenidos del Convenio que pueden tener mayor interés para el desarrollo de nuestra exposición.

Como se verá en seguida, varios artículos del Convenio utilizan la expresión “pueblos interesados”; aunque no hay una definición de esa expresión, podemos suponer que el Convenio parte de la idea de que puede haber pueblos indígenas que sencillamente no tengan ningún interés en mantener relaciones con el Estado nacional, por lo cual deberán ser dejados completamente en paz; en la medida en que los pueblos en efecto se “interesen” por mantener relaciones con el Estado central se les podrán aplicar las disposiciones del Convenio. Aunque no está mal como perspectiva filosófica (cualquier persona que quiera ser dejada en paz debería permanecer hasta cierto punto ajena a lo que suceda con el resto de su comunidad, siempre que cumpla con sus obligaciones; por ejemplo, pagar impuestos), en la práctica la verificación de cuándo un pueblo “está interesado” y la forma concreta en que dicho “interés” se puede verificar quizá sea algo problemático. Ya hemos señalado las “tensiones” que están presentes en muchos aspectos del reconocimiento de derechos colectivos; éste es un caso más.

El Convenio considera que los Estados parte deben fomentar la participación pública de los pueblos indígenas en los asuntos que tienen que ver con sus derechos, para lo cual se deben desarrollar las siguientes medidas: *a)* asegurar a los miembros de dichos pueblos el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; *b)* promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones, y *c)* ayudar a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (artículo 2.2).

Los Estados pueden tomar “medidas especiales” para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medioambiente de los pueblos

interesados, sin que dichas medidas puedan ser contrarias a los deseos expresados libremente por esos pueblos (artículo 4o. numerales 1 y 2). Aunque el Convenio no lo señala explícitamente, creo que por “medidas especiales” debemos entender acciones positivas o medidas de discriminación inversa.

Al aplicar el Convenio los gobiernos deberán, según el artículo 6.1 del propio Convenio:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Este artículo es interesante porque fue utilizado como un argumento en contra de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 por varios municipios que promovieron una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El argumento utilizado era que la reforma mencionada les afectaba y que sin embargo no habían sido consultados sobre su contenido, razón por la cual se violaba en su perjuicio el artículo 6o. del Convenio. Dejando ahora de lado cuestiones de técnica jurídica (por ejemplo si un proceso de reforma constitucional debe atender a lo dispuesto por el artículo 135 de la carta magna o si también debe observar lo que disponen otros ordenamientos, o incluso antes que eso, si el procedimiento de reforma constitucional es impugnable por medio de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales), la reflexión que debería haber suscitado el argumento referido es la forma en que se debe dar cumplimiento al deber de consulta previsto por el artículo 6o. y el alcance de la frase “medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente”; habría pues que contestar a dos preguntas: ¿cómo, de qué manera, se debe desahogar la consulta referida? y ¿qué medidas deben ser previamente consultadas?, ¿todas, algunas, las reformas constitucionales también, solamente las que se instrumenten en una ley ordinaria?, ¿por medidas administrativas debemos entender los reglamentos y las circulares o también los actos administrativos concretos? En virtud de que la Suprema Corte desechó las impugnaciones sin entrar al fondo del asunto, en

una actitud que no fue, desde mi punto de vista, la más correcta,⁹¹ no podremos tener una respuesta cierta para esas preguntas.

El artículo 8o. del Convenio se refiere a una cuestión sobre la que ya nos detuvimos en algunos de los apartados precedentes: la de la relación existente entre los usos y costumbres de los pueblos indígenas (entendidos y reconocidos como fuentes del derecho) y el resto del ordenamiento jurídico. En sus dos primeros párrafos dicho artículo señala lo siguiente:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

El sistema consuetudinario indígena deberá ser tomado en cuenta especialmente en la materia penal, en cuyo caso “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (artículo 9.1).

El artículo 11 del Convenio señala que “La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”. Este precepto es interesante porque puede entrar en contradicción con ciertas prácticas que se desarrollan en algunas comunidades indígenas de Oaxaca y de Chiapas. Particularmente, quizá no sería compatible con el artículo 11 la práctica del “tequio”, reconocida incluso en la Constitución de Oaxaca. En el artículo 12, párrafos tres y cuatro, de esa Constitución se establece lo siguiente:

En el Estado nadie podrá desempeñar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123 de la Constitución general de la República.

Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas.

⁹¹ Sobre el tema, ver Carbonell, Miguel, “Epílogo. La reforma indígena y la Suprema Corte”, en la obra colectiva, *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 145-149.

Los tequios encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunitarias de cada pueblo y comunidad indígena, podrá ser considerados por la ley como pago de contribuciones municipales; la ley determinará las autoridades y procedimientos tendentes a resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación del tequio.

El Convenio dedica uno de sus artículos a un tema que desde antiguo ha generado muchos problemas para las comunidades indígenas: la propiedad de las tierras.⁹² El Convenio señala que se debe reconocer a los pueblos indígenas la propiedad y la posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado, así como disponer procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados (artículo 14 numerales 1 y 3). Con ambas obligaciones se cumple en México, pues el artículo 27 constitucional reconoce el régimen de propiedad rural colectiva y crea una jurisdicción especializada para resolver problemas de tenencia de la tierra (los tribunales agrarios); los mandatos del artículo 27 son desarrollados por la legislación ordinaria (Ley Agraria, Ley de los Tribunales Agrarios y Ley de Amparo, para el efecto de la protección constitucional de la propiedad ejidal y comunal).

En relación con la propiedad comunal de la tierra, el Convenio también regula lo relativo a los recursos naturales, pues de nada serviría reconocer derechos de propiedad si tales derechos no vienen acompañados de la posibilidad de explotar los recursos naturales existentes. El Convenio señala que los recursos naturales que existan en tierras de propiedad indígena deberán “protegerse especialmente”, incluyendo el caso en que el Estado sea propietario de los minerales u otros recursos del subsuelo (como sucede en México). En este último supuesto las autoridades deberán establecer procedimientos de consulta con los pueblos indígenas antes de proceder a la explotación de esos recursos; siempre que sea posible, los pueblos indígenas deberán de participar en los beneficios que se generen a partir de esas explotaciones y percibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir (artículo 15).

El Convenio señala la obligación de los Estados parte de proporcionar servicios de salud a los pueblos y comunidades indígenas. Tales servicios “deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” (artículo 25.2). De nuevo, se trata de una disposición que pone de mani-

⁹² El estudio del derecho de propiedad lo hemos realizado en el capítulo cuarto *supra*.

fiesto las posibles tensiones entre las prácticas indígenas y las prácticas del resto de la población, puesto que en un caso concreto pueden enfrentarse la solución general para una cierta enfermedad y la solución que podría tener bajo la medicina tradicional indígena. ¿Qué hacer en ese supuesto?

Uno de los aspectos esenciales para preservar una cultura es mantener viva la lengua por medio de la cual se expresan sus integrantes. Los derechos lingüísticos son un componente esencial de cualquier teoría multiculturalista del Estado moderno. El Convenio se refiere a esos derechos en su artículo 28 al señalar lo siguiente:

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y las prácticas de las mismas.

En el sistema de derechos humanos de la ONU, la primera disposición interesante para el tema que nos ocupa se encuentra en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cuyo contenido ya hemos hecho referencia. Para el efecto de interpretar el sentido y alcance de ese artículo, el Comité de Derechos Humanos emitió en 1994 su Observación General número 23, que también debe tenerse en cuenta para conocer el conjunto del marco jurídico internacional de los derechos de las minorías etnoculturales. No se trata de una observación general muy larga; es más bien breve y su texto se dedica a precisar los alcances y resolver algunas posibles dudas respecto al artículo 27 del Pacto, sobre todo para que los Estados parte mejoren la presentación de su informes al propio Comité.

El Comité señala que los Estados en sus informes confunden con frecuencia los derechos de las minorías establecidos de forma muy general en el artículo 27 con el derecho a la autodeterminación proclamado por el artículo 1o. del propio Pacto (párrafo 2). En realidad, se encarga de aclarar el Comité, el artículo 27 establece un derecho en favor de las personas (mientras que el derecho de autodeterminación es un derecho de los pueblos) pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, “que se suma a los de-

más derechos de que pueden disfrutar esas personas, al igual que todas las demás, en virtud del Pacto” (párrafo 1).

La mayor parte de la OG núm. 23 se dedica a precisar cuestiones sobre la titularidad de los derechos previstos en el artículo 27 del Pacto. Por ejemplo, el Comité señala que “las personas sujetas a protección son las pertenecientes a un grupo de minoría y que comparten en común una cultura, una religión y un idioma”. Para que esa protección surta efectos no es indispensable que las personas pertenecientes a minorías sean ciudadanos del Estado en el que vivan o en el que se encuentren (párrafo 5.1). Tampoco es necesario que sean residentes permanentes, por lo cual “no debe negarse el ejercicio de esos derechos a los trabajadores migratorios o a las personas que se encuentren de visita en un Estado parte y que constituyan alguna de esas minorías” (párrafo 5.2). Ahora bien, en virtud de que el propio artículo 27 no precisa muchos de los derechos de las minorías, los criterios de la OG núm. 23 sobre titularidad pueden ser tomados en cuenta para aplicar de forma extensiva los derechos establecidos en el Convenio 169 o en la Declaración de la ONU de 1990.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERA, José Antonio, “La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *El fin de la raza cósmica. Consideraciones sobre el esplendor y decadencia del liberalismo en México*, México, Océano, 2001.
- ANTÓN, Antonio (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 2000.
- APARICIO, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002.
- CARBONELL, Miguel, “Minorías y derechos: un punto de vista constitucional”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2001.
- , “Minorías etnoculturales y derechos colectivos: premisas conceptuales”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- , “Artículo 2o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2003, t. I.

- , *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Política y Administración, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2002.
- y PÉREZ PORTILLA, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Autonomia degli individui o autonomia delle culture?”, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milán, Giuffrè, 1997.
- , “Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998.
- FRASER, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*, edición en castellano, Madrid, núm. 0, 2000.
- Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.
- GALEOTTI, Anna Elisabetta, *Multiculturalismo. Filosofia política e conflitto identitario*, Nápoles, Ligouri editore, 1999.
- GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca de la legitimidad democrática y el papel de las minorías”, en LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio y CAMOU, Antonio (coords.), *Globalización, identidad y democracia. México y América Latina*, México, UNAM, Siglo XXI, 2001.
- GÓMEZ DEL PRADO, José Luis, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, IIJ-UNAM, 2000.
- , “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, IIJ-UNAM, 2000.

- GONZÁLEZ GUERRA, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- IGNATIEFF, Michael, “Derechos humanos y autodeterminación colectiva”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 130, marzo de 2003.
- ITURRASPE, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- KELLAS, James, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin’s Press, 1998.
- KYMLICKA, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- , *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en ÁGUILA, Rafael del y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- , *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- y NORMAN, Wayne, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- , “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- LEVY, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Distintas concepciones de pueblo indígenas, como sujeto de derecho colectivo*, México, INI, 1998.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- MARIÑO, Fernando, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, en PRIETO, Luis (ed.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, UCLM, 1996.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, UNAM, Paidós, 1999.
- OLVERA, Isidro, "Constituciones estatales y derechos indígenas", en GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- PACKER, John, "On the Content of Minority Rights", en RÄIKKÄ, Juha (ed.), *Do we Need Minority Rights? Conceptual Issues*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Minoranze e maggioranze*, Turín, Einaudi, 1993.
- , "I diritti degli individui, dei gruppi e delle minoranze", en VITALE, Ermanno (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- POGGE, Thomas W., "Group Rights and Ethnicity", en KYMLICKA, Will y SHAPIRO, Ian (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, Nueva York, New York University Press, 1997.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis, "El debate sobre los derechos de grupo", en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- SOUSA, Boaventura de, "Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo", en SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- SOUSA, Boaventura de, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000.
- SULLIVAN, Kathleen M., "Representation of Racial Minorities", en BRINKLEY, Alan y otros, *The New Federalist Papers. Essays in Defense of the Constitution*, Nueva York, Londres, W. W. Norton and Company, 1997.
- TORBISCO, Neus, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, tesis doctoral, 2000.
- , "El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas", en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , "La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos", en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001.

- , “Derechos colectivos”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- , “Minorías culturales”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- , “Multiculturalismo”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- VALLESPÍN, Fernando, “Cosmopolitismo político y sociedad multicultural”, en VALENCIA S., Ángel, *Participación y representación en las sociedades multiculturales*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, UNAM-Paidós, 2001.
- , “Derechos de las minorías y tolerancia”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- VITALE, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, prólogo de M. Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2000.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

I. Introducción	1051
II. Derecho internacional de los derechos humanos	1051
III. Derecho comparado	1053
1. Tribunales constitucionales y jurisprudencia constitucional de otros países	1053
2. Legislación extranjera	1053
3. Doctrina extranjera	1054
IV. Organizaciones no gubernamentales	1055
V. Derecho mexicano	1055
1. Jurisprudencia	1055
2. Legislación.	1056
VI. Bibliografía básica recomendada	1056
1. Obras generales	1057
2. Historia de los derechos fundamentales.	1058
3. Recomendaciones para el capítulo primero	1059
4. Recomendaciones para el capítulo segundo	1060
5. Recomendaciones para el capítulo tercero	1061
6. Recomendaciones para el capítulo cuarto.	1062
7. Recomendaciones para el capítulo quinto.	1063
8. Recomendaciones para el capítulo sexto	1065
VII. Editoriales, librerías y bibliotecas	1066
VIII. Bibliografía	1067

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta última parte del libro es ofrecer al lector el listado completo de las obras que han sido incluidas en las bibliografías capitulares, de modo que quien quiera tener a la vista el conjunto de las referencias que se han ido haciendo lo pueda observar sin tener que acudir al final de cada capítulo.

En virtud del carácter sobre todo informativo y no analítico que el libro se proponía desde la nota preliminar que lo encabeza, se ha procurado incluir en los diferentes capítulos el texto completo de las referencias jurisprudenciales, legislativas; de los tratados internacionales, las opiniones consultivas y las observaciones generales pertinentes según el caso. Con ello se ha buscado dotar de cierta autonomía al texto, de forma que el lector no tenga que acudir a otras fuentes mientras lo lea; pero una vez llegados al final es obligado hacer mención de esas otras fuentes, a fin de que los posibles interesados abunden en la amplia temática que en muchos casos hemos alcanzado simplemente a perfilar, sin adentrarnos en muchos aspectos que con seguridad hubieran hecho del libro un instrumento mucho más rico, pero que quizá también lo habrían extendido más allá de lo recomendable.

Antes de proceder al listado que se menciona, quisiera simplemente aportar en los apartados subsecuentes algunas claves de acceso a las fuentes más relevantes que podrán servir al lector para dirigirse hacia los materiales primarios por sí solo, sin tener que detenerse ni en las explicaciones de este libro ni el propio elenco bibliohemerográfico que sigue.

II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las aportaciones de este libro que, sin ser para nada original, quizá pudiera ofrecer una perspectiva más nueva en el panorama constitucional mexicano, son las continuas referencias que prácticamente en todos los capítulos se han hecho a las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque en cada caso se ha procurado hacer la correspondiente mención espe-

cífica, conviene recordar que las principales normas en ese ámbito se encuentran reunidas en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, 2 ts., 1574 pp. En este libro incluimos los principales textos emanados de la ONU, la OEA y la OIT, así como las observaciones generales dictadas por los principales comités de derechos humanos de la ONU (29 referidas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, una del Comité contra la Tortura, una del Comité de los Derechos del Niño y 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).

También en esa misma obra se pueden encontrar las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta 2002 (la última incluida es la 17/2002 de 28 de agosto de ese año, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño), y una serie muy amplia de directrices y principios emanados de diversos organismos internacionales en materia de administración de justicia; aunque en este último caso estamos ante instrumentos de los que integran el llamado *soft law*, se ha considerado importante incluirlos y darles difusión por dos motivos principales: *a)* porque en virtud del principio de buena fe que rige en las relaciones internacionales los Estados deben asumirlos en la mayor medida posible y, al menos, no adoptar medidas claramente contrarias a sus significados más obvios; y *b)* porque en virtud de la dinámica del ordenamiento jurídico mexicano, quizá pudieran servir para orientar alguna reforma constitucional o legal que se intente en el futuro.

La mayoría de los textos que se acaban de mencionar pueden ser consultados también en Internet.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reunida y publicada por García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2001. Se trata de una obra muy recomendable, realizada por un profundo conocedor del funcionamiento de la Corte y destacado protagonista de los pronunciamientos que ha dictado en los últimos años.

III. DERECHO COMPARADO

1. *Tribunales constitucionales y jurisprudencia constitucional de otros países*

A lo largo del texto hemos intentado aportar referencias de derecho comparado, tomadas sobre todo de los principales pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional español. El lector que esté interesado puede encontrar los textos completos de las sentencias de ambos órganos en sus páginas oficiales: <http://www.supremecourtus.gov> y <http://www.tribunalconstitucional.es>. También son recomendables las páginas del Consejo Constitucional francés (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>) y de la Corte Constitucional italiana (<http://www.cortecostituzionale.it>).

En todos los países mencionados existen publicaciones comerciales en las que se encuentran las sentencias más importantes de forma ordenada y siguiendo cierta sistematización; se trata de textos de gran utilidad, de los que también me he servido con el fin de acceder a la información necesaria para el libro. En cuanto a la jurisprudencia estadounidense, me ha sido útil la consulta de Hall, Kermit L. (ed.), *The Oxford Guide to the United States Supreme Court Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 2000 y de Bearinger, David (ed.), *The Bill of Rights, the Courts and the Law. The Landmark Cases that Have Shaped American Society*, 3a. ed., Virginia, The Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, 1999. La jurisprudencia española la he encontrado sistematizada en el texto que de la Constitución española prepararon Enoch Albertí y otros para la Editorial Civitas de Madrid (2002). Las principales decisiones del Consejo Constitucional francés han sido recogidas en Favoreau, Louis y Philip, Löic, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, 10a. ed., París, Sirey, 1999. Las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal de Alemania pueden consultarse en la valiosa obra compilada por Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2003.

2. *Legislación extranjera*

Los textos constitucionales de América Latina sistematizados por materia o país, pueden encontrarse en la muy interesante *Political Database of the Americas* (<http://www.georgetown.edu/pdba/constitutions/constitutions.html>) de la Universidad de Georgetown.

La legislación de la Unión Europea puede consultarse por ejemplo en <http://www.europa.eu.int/celex>.

Hay compilaciones comerciales de los principales textos constitucionales vigentes en distintas partes del planeta. Para escribir este libro he utilizado alternativamente, además de la información de Internet, las obras de Rubio Llorente, Francisco y Daranas, Mariano, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997, la edición dirigida por Aparicio, Miguel A., *Textos constitucionales*, Barcelona, EUB, 1995 y la de Cascajo Castro, José Luis y García Álvarez, Manuel, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1994.

Para la consulta de los antecedentes históricos de las modernas regulaciones sobre los derechos fundamentales puede ser útil la consulta de Peces Barba, Gregorio y otros, *Textos básicos de derechos humanos*, Madrid, Aranzadi, 2001.

3. *Doctrina extranjera*

Para el estudio de los derechos fundamentales en otros países creo que se puede acudir en general a las siguientes obras, a reserva de que más adelante se incluyan algunas recomendaciones de doctrina extranjera para temas específicos.

Para el caso de los Estados Unidos el que me parece que es el mejor manual de derecho constitucional y que contiene cientos de páginas dedicadas a los derechos fundamentales con abundantes referencias jurisprudenciales es el de Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, publicado por la Foundation Press. La segunda edición de esta obra es de 1988 y está publicada en un solo tomo. La tercera edición comenzó a ser publicada en el año 2000, pero el autor la dividió —dado su extenso volumen— en dos tomos; la mayor parte de los temas referidos a los derechos fundamentales se encuentran en el segundo de ellos, que todavía no aparece al momento de escribir estas líneas. Es recomendable acudir por tanto a la segunda edición hasta que aparezca el tomo dos de la tercera, que sin duda será del mayor interés para conocer los más recientes avances que en los temas sobre los derechos humanos se han producido en Estados Unidos. También se puede consultar Nowak, John y Rotunda, Ronald R., *Constitutional Law*, 6a. ed., Saint Paul, West Group, 2000.

Dentro de la teoría constitucional española hasta hace poco no había un tratado de derechos fundamentales como tal. A finales de 2003 apareció el excelente libro de Luis María Díez Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, que contiene una visión muy amplia y completa de la regulación constitucional de los derechos en España. Para complementar la información sobre esa regulación el lector puede acudir a algunos libros mono-

gráficos, varios de los cuales serán recomendados más adelante. También pueden ser de interés los manuales de derecho constitucional, que ofrecen un tratamiento panorámico, aunque algo superficial de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978. Entre esos manuales hay muchos destacables; para mis tareas académicas me he apoyado en el de Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 4a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 (hay ediciones posteriores) y el de Balaguer Callejón, Francisco y otros, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, 2 ts..

Para el sistema francés de derechos fundamentales, Favoreau, Louis y otros, *Droit des libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2000.

Para el estudio de los derechos fundamentales en la Constitución de Portugal puede ser útil revisar el libro ya clásico de Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3a. ed., Coimbra, Almedina, 1999.

IV. ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Al final del capítulo uno intentamos hacer un ejercicio —muy restringido debido a su necesaria brevedad y por la cantidad de temas importantes que no pudieron ser abordados en profundidad— de “sociología de los derechos humanos”. Un pulso esencial para comprender ese aspecto de los derechos lo suministran las muchas organizaciones no gubernamentales que operan en varios países. Puede ser de interés conocer sus principales informes, reportes, convocatorias y vías de afiliación por lo menos de las organizaciones Amnistía Internacional (<http://www.amnesty.org>), Greenpeace (<http://www.greenpeace.org>) y Human Rights Watch (<http://www.hrw.org>).

V. DERECHO MEXICANO

1. *Jurisprudencia*

En cuanto al derecho mexicano he utilizado los discos compactos editados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para los aspectos jurisprudenciales (en particular, me han sido muy útiles el *IUS 2002*, que contiene las tesis jurisprudenciales de 1917 a septiembre de 2002, y el disco compacto *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, 2a. versión, México, SCJN, 2000, que ofrece información de forma un poco más sistematizada que el anterior en la materia que nos interesa).

Un muy útil panorama jurisprudencial, sistematizado de forma muy correcta en términos generales, puede verse en Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México. Su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2002; aunque he manifestado varias discrepancias sobre los criterios de fondo que el autor mantiene en algunos temas, lo cierto es que este libro es un buen instrumento para orientarse en la frondosidad de la jurisprudencia de nuestros tribunales federales en materia de derechos fundamentales.

Aunque no procuran actualizarla con la frecuencia que sería deseable, quizá pueda ser de alguna utilidad consultar la página de la Suprema Corte, a la que suelen subir sentencias recientes que tengan un especial interés para la opinión pública (www.scjn.gob.mx).

2. Legislación

Por lo que hace a la consulta del texto constitucional vigente, me permito recomendar la obra colectiva más importante de análisis de la carta constitucional de 1917 que se publica en México, que es la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, editada por la Editorial Porrúa y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La primera edición, a cargo solamente de la UNAM, fue publicada en 1985. A partir del año 2000, cuando alcanza su 15a. edición, se publica en cinco tomos. La edición más reciente, al momento de escribir estas líneas, es la 18a. (2004) cuyos cinco volúmenes superan las 1,700 páginas.

La mejor página web en materia jurídica que existe en México es la del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx), en la que puede consultarse el texto del *Diario Oficial de la Federación*, los textos actualizados de la Constitución, de la legislación federal y de buena parte de la legislación local. También existe un sistema de venta en línea de las publicaciones del Instituto.

VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECOMENDADA

Aparte de las referencias anteriores, vale la pena destacar algunas otras que son especialmente importantes. El lector debe tener presente que el conjunto de temas que se tratan bajo el título “Derechos fundamentales” es enorme y que su exposición y análisis se encuentra en millares de publicaciones; hay sin embargo algunas de ellas que desde mi punto de vista serían indispensables para un lector que quisiera profundizar por su cuenta en lo que se ha expuesto.

Debe tomarse en cuenta que el listado completo con el que se cierra esta sección puede ser muy interesante para algunos lectores, pero en otros quizá pueda resultar desorientador por su amplitud. Para este segundo tipo de lectores he seleccionado las obras que se mencionan a continuación. Los expertos en el tema de los derechos pueden saltarse perfectamente los párrafos que siguen, porque no les dirán nada que no conozcan ya de antemano. Se trata de recomendaciones dirigidas a estudiantes y personas que apenas se inician en el estudio de los derechos y que buscan algunas recomendaciones *clave* para el entendimiento de la materia.

He tratado de incluir solamente obras escritas en español o de las cuales exista traducción y de preferencia publicadas en los últimos años, para facilitar su acceso y lectura por parte de los interesados.

1. *Obras generales*

Dentro del universo interminable de publicaciones importantes que han aparecido sobre los derechos fundamentales, hay cinco obras esenciales para entender su sentido general y cuya lectura es un paso importante para adentrarse en la cultura jurídica moderna.

En primer lugar, recomiendo el libro de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002; aunque Alexy se propone realizar una exposición de los derechos fundamentales en la Constitución alemana, en realidad aborda casi todas las cuestiones generales que son importantes en materia de derechos; es muy relevante su aportación sobre la diferencia entre los principios y las reglas en materia de derechos, así como las aplicaciones que hace de la lógica deóntica a los diferentes tipos de derechos. La excelente traducción del alemán de este libro se debe a los esfuerzos de Ernesto Garzón Valdés. Como lo ha advertido Francisco Rubio Llorente, no se trata de un libro de fácil lectura, pero sin duda que es uno de los más ambiciosos y completos que se pueden encontrar en lengua española.

Para el tema de la fundamentación de los derechos, me parece que la obra indispensable es el debate de Luigi Ferrajoli con una serie de importantes teóricos italianos que comienza a aparecer a partir de 1998 en las páginas de la revista *Teoria Politica* y que luego es editado y traducido al español; se trata del libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Un libro breve pero muy luminoso sobre los derechos es el de Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997; hay una traducción al español en la Editorial Debate de Madrid, de 1991, que lamentablemente no ha sido reimpressa y que hoy en día es prácticamente imposible de encontrar, salvo en alguna biblioteca pública.

Una reflexión provocativa sobre el sentido no solamente de los derechos sino del Estado constitucional en su conjunto es la de Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002. La traducción al español, muy bien realizada (así como la no fácil pero del todo atinada elección del título) se debe a Marina Gascón.

Finalmente, una de las obras más influyentes en materia de derechos en toda la segunda mitad del siglo XX es la de Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989. He utilizado tanto esa edición como la reimpresión publicada por Planeta-Agostini en 1993.

2. Historia de los derechos fundamentales

Para la historia de los derechos fundamentales recomiendo la obra coordinada desde la Universidad Carlos III de Madrid por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, en la que participan un número considerable de autores, titulada justamente *Historia de los derechos fundamentales*. El primer volumen apareció en 1998, y hasta el momento de escribir estas líneas, ha aparecido el segundo volumen, dividido en tres tomos. La publicación corre a cargo de la Editorial Dykinson de Madrid y la Universidad Carlos III.

En un aspecto concreto aunque muy importante de la historia de los derechos, como lo es su origen en los Estados Unidos y en Francia, puede ser útil revisar el texto de Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, México, IIJ-UNAM, 2003, donde además se incluye la interesante polémica del autor con Emile Boutmy. Jellinek sostenía que el origen de las declaraciones de derechos debía situarse en Estados Unidos, cuyos avances en el tema habrían servido para ilustrar a los revolucionarios franceses; por el contrario para Boutmy era indudable que las declaraciones eran un producto genuinamente francés. Aunque es muy posible que ambos tengan parte de razón, la polémica es muy ilustrativa de las diferentes rutas y formas de pensar que, en uno y otro lado del Atlántico, generaron un momento estelar de la historia del Estado constitucional en los últimos 25 años del siglo XVIII.

En el libro *Teoría general de la política* de Norberto Bobbio (Madrid, Trotta, 2002) pueden encontrarse varios ensayos interesantes sobre la historia de los derechos humanos. Así, por ejemplo, son muy recomendables sus reflexiones sobre la filosofía de la libertad en Kant o sobre el sentido de los derechos en la Declaración francesa de 1789.

Una perspectiva nacional de la historia de los derechos fundamentales, y en términos generales del constitucionalismo histórico mexicano, puede verse

en Carbonell, Miguel y otros (coords.), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa, UNAM, 2002. El texto va precedido por tres amplios estudios sobre el desarrollo histórico del constitucionalismo en México; a ellos siguen los textos de las diferentes Constituciones que nos han regido, incluido el texto original de la Constitución de 1917.

La exposición más completa sobre la historia del derecho mexicano que existe, hasta donde tengo noticia, es la obra de Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., Oxford University Press, 2004; su capítulo final está dedicado a la historia del derecho constitucional.

3. Recomendaciones para el capítulo primero

En buena medida, los temas que se abordan dentro del capítulo primero, por estar referidos a la teoría general de los derechos fundamentales, pueden ser estudiados en los libros citados en el apartado 1 “Obras generales” *supra*. Aparte de los que se citan en ese apartado, pueden ser útil consultar el trabajo de Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, donde se pueden encontrar los primeros esbozos de la teoría de este importante autor sobre los derechos fundamentales.

Los planteamientos más interesantes y profundos hechos en nuestra materia desde la perspectiva de la filosofía política siguen siendo los de John Rawls. De este autor pueden verse sus muy conocidas obras: *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996; *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001, y *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

Para el análisis de las distintas teorías de derechos fundamentales es indispensable la lectura de Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, y el comentario que sobre su exposición realiza Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

Para el tema de la interpretación de los derechos, conviene acudir a los trabajos que se han esforzado por descifrar y describir las nuevas técnicas hermenéuticas, teniendo en cuenta la complejidad regulativa que los derechos fundamentales tienen en la mayor parte de los textos constitucionales modernos. Para comenzar las indagaciones se puede acudir a Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999.

Los problemas en torno a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales pueden ser muy bien comprendidos a partir de las que con seguridad deben

ser las dos aportaciones más relevantes que se han hecho sobre el tema en lengua española; me refiero a Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997, y Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

La sociología de los derechos fundamentales es un tema muy vasto, pues se puede recorrer desde diversos puntos de partida. Un panorama introductorio y prudentemente crítico puede verse en Méndez, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002. Para el caso mexicano, aunque realizado hace ya algunos años, puede ser de interés el libro colectivo *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994.

4. Recomendaciones para el capítulo segundo

El libro más importante y sugestivo que se ha publicado sobre el tema de la igualdad es, desde mi punto de vista, el de Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003. Es un libro escrito por un eminente filósofo del derecho, que sin embargo se mueve con una extraordinaria soltura en el ámbito del derecho constitucional, lo cual le permite ofrecer una perspectiva muy “aterrizada” del tema de la igualdad.

Una perspectiva más general, construida desde la filosofía y desde la economía, puede verse en las obras de John Rawls y de Amartya K. Sen, respectivamente. De Rawls puede ser útil comenzar con su *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002 (la primera edición en inglés, como se sabe, es de 1971); de Sen es recomendable abordar su pensamiento a partir del libro *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999.

Sobre el tema de la discriminación de género conviene quizá tomar tanto una perspectiva general de teoría política, como una más específica de derecho constitucional. Para lo primero conviene acercarse a la literatura feminista; pueden ser útiles —repito, en el nivel más general del tema— los textos de Young, Iris M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000 y de Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997. Un panorama sintético del pensamiento feminista contemporáneo puede encontrarse en Beltrán, Elena et al., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001. El texto más accesible y completo que se ha descrito sobre igualdad de género desde la perspectiva constitucional es el de Rey Martínez,

Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

Sobre la discriminación inversa, además del libro ya mencionado de Dworkin puede ser útil, como introducción al tema, el trabajo de David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Para comenzar a adentrarse en el complejo y muchas veces incomprendido tema de la renta básica, el mejor texto sigue siendo el trabajo de Van Parijs, Philippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996, donde también se puede encontrar una fundamentación filosófica de la igualdad sustancial.

5. Recomendaciones para el capítulo tercero

Los numerosos temas que se abordan en el capítulo tercero no hacen fácil intentar ofrecer una lista breve de recomendaciones especialmente importantes.

Desde luego, es esencial tener claridad sobre el sentido filosófico de las libertades; una buena fundamentación de las mismas es esencial, como ocurre también con la igualdad. Para un primer planteamiento hay que acudir al ensayo de Constant, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, incluido en su libro *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; para un acercamiento más contemporáneo debe revisarse el trabajo de Berlin, Isaiah, “Dos ensayos sobre la libertad”, incluido en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000; como se sabe, el texto de Berlin fue publicado originalmente en 1958.

Siguiendo en el ámbito de la fundamentación, puede ser recomendable tener en cuenta una teoría renovadora, en parte provocativa y por eso no aceptada por todos, pero expuesta de modo brillante; me refiero a la tesis de la “libertad como no dominación” de la corriente neorrepublicana, muy bien representada por Philip Pettit en su libro *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

De los demás temas que se abordan en el capítulo tercero los que han generado un mayor cúmulo de escritos han sido la libertad de expresión y la libertad religiosa. Sobre ambos temas el material es casi infinito, aunque los textos más importantes no siempre se encuentran en español. Para un primer acercamiento a la libertad de expresión puede verse Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995. En español dos de los mejores textos que conozco se deben a un mismo autor: Ignacio Villaverde; me refiero a sus libros *Estado democrático e información: el derecho a ser in-*

formado, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, y *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995.

Un elenco de temas sobre el derecho a la información, relacionados todos con las libertades de expresión e imprenta, puede encontrarse en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.

Sobre los orígenes de la libertad religiosa puede verse el ensayo de Celador, Óscar, "Libertad religiosa y revoluciones ilustradas", en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, La filosofía de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001. En México quien se ha ocupado con mayor enjundia del tema de la libertad religiosa, que presenta muchas particularidades que no se encuentran en otros países, ha sido José Luis Soberanes; una síntesis de su pensamiento en la materia puede verse en su libro *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2001.

Tanto en el caso de la libertad de expresión como en el de la libertad religiosa creo que es de gran utilidad conocer la jurisprudencia estadounidense; en ambos casos se han escrito centenares de libros y artículos, pero una buena perspectiva de conjunto, quizá no exhaustiva pero en todo caso bastante completa, puede verse en el libro ya recomendado de Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*.

También del propio Tribe es interesante uno de los mejores textos que se han escrito sobre el aborto, tema en que se concentra la mayor discusión en torno a la libertad de procreación; se trata del texto *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992.

6. Recomendaciones para el capítulo cuarto

En virtud de que los derechos de seguridad jurídica involucran una muy amplia gama de cuestiones, no es fácil determinar las obras que son más recomendables para profundizar en su estudio. En tanto que la seguridad jurídica es una manifestación concreta y un requisito para el correcto funcionamiento del Estado de derecho, conviene tener claro el sentido y alcances de esa forma de Estado. Una visión general sobre el tema puede verse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002.

Para el tema del derecho a la información las mejores obras son las que ya se han citado de Ignacio Villaverde.

Una parte considerable de los derechos de seguridad jurídica se refieren a la materia penal. La mejor obra para hacer una lectura garantista de esa parte de la Constitución es la de Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2002. En particular sobre la exigencia reforzada de racionalidad de la legislación penal (concretada en el principio de taxatividad) puede verse Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002.

7. Recomendaciones para el capítulo quinto

En el tema de los derechos sociales estudiado en el capítulo quinto del libro, las recomendaciones tampoco son fáciles de hacer si nos queremos limitar a muy pocos textos.

Comenzaría por señalar la importancia que tiene, en este tema, comprender el surgimiento histórico y la justificación de los modernos Estados de bienestar. Aunque hay cientos de textos escritos sobre este punto, no hay uno que lo aborde desde todas las perspectivas que podrían ser interesantes. Para una aproximación desde una metodología cercana a la jurídica puede verse el muy consultado y muy bien escrito libro de García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993. Para una óptica más cercana a la ciencia política, Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000 y Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999.

Concretamente sobre el tema de los derechos sociales el mejor libro publicado en español es el de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, que ofrece tanto una perspectiva de teoría general de los derechos sociales, como el análisis de varios de esos derechos en concreto, teniendo en cuenta además las mejores fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de varios tribunales nacionales.

La relación entre los derechos sociales y el principio de igualdad ha sido estudiada de forma brillante por Luis Prieto, en su trabajo “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, incluido en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.

El análisis en clave normativa de cada uno de los derechos que se analizan en el capítulo quinto es, en términos generales, bastante deficiente y en buena medida está todavía por realizarse. Apenas se podrán comenzar a dejar atrás los

viejos esquemas simplistas y negadores de la eficacia normativa de los derechos sociales cuando basemos nuestras construcciones en punto de vista como los de Abramovich y Curtis en el libro ya citado. A partir de ese tipo de pensamiento se podrán ir obteniendo mejores construcciones dogmáticas. De momento, las recomendaciones bibliográficas realmente importantes son muy escasas y, en muchos casos, ni siquiera existen (así sucede con el derecho al agua o con el derecho a la alimentación, donde los estudios realizados desde una óptica jurídica apenas se están comenzando a producir).

Una perspectiva fresca y provocativa sobre algunos aspectos del derecho a la educación puede encontrarse en el libro de Bolaños, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.

Sobre el derecho al medio ambiente me parecen útiles y completos los trabajos de Canosa, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000, y “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, en Carbo-nell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, aunque tienen la desventaja de estar muy centrados en el sistema jurídico español.

Para estudiar los derechos de los menores es interesante el texto de García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999. Para una perspectiva histórica, aunque de gran importancia para el derecho, el libro clásico es el de Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001.

En cuanto a los derechos de los trabajadores, en México se han escrito muchos libros, sobre todo a cargo de especialistas en derecho laboral; menos son, sin embargo, los que se han publicado desde el derecho constitucional. Para una perspectiva general, no referida al derecho mexicano, puede ser útil el texto de Sastre Ibarreche, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996.

Con respecto al derecho a la vivienda, la obra más completa en español es la de Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.

Si se desea hacer un ejercicio comparativo sobre el funcionamiento práctico de algunos derechos sociales como el derecho a la salud y el derecho a la educación, poniéndolos en el marco más amplio del combate a la pobreza y a la desigualdad, es muy interesante revisar los Informes sobre Desarrollo Humano que publica desde 1990 el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. En esos informes se puede encontrar abundante información estadística, que no solamente da cuenta del nivel que México tiene en la satisfacción de ciertos

bienes básicos, sino que también nos permite hacer una comparación en el tiempo (para ver la evolución de esos niveles de satisfacción) y en el espacio, al permitir comparar a México con otros países.

A partir de 2003 tenemos además un Informe sobre Desarrollo Humano aplicado solamente a México. Se trata de un documento muy interesante ya que el estudio se subdivide por entidad federativa, con lo cual nos permite ver en detalle dónde están localizados los problemas en materia de derechos sociales dentro del territorio de México.

8. Recomendaciones para el capítulo sexto

El autor más importante en materia de multiculturalismo es sin duda alguna Will Kymlicka. La publicación en 1995 de su libro *Ciudadanía multicultural* (cuya traducción al español apareció en 1996, bajo el sello editorial de Paidós en Barcelona) supone un rompimiento con respecto a las exposiciones anteriores del tema. Es una obra indispensable para comprender los derechos de las minorías e intentar situarlos dentro del esquema liberal del constitucionalismo moderno. Como complemento de esa obra, Kymlicka ha reunido sus ensayos posteriores, en los que profundiza sobre algunos temas, en *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

Una perspectiva interesante sobre el multiculturalismo, así como la clasificación de los derechos colectivos que se ha seguido en el presente texto, puede verse en la obra de Levy, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003.

Para el caso mexicano me permito remitir a Carbonell, Miguel, *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Política y Administración, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2002. Una visión más escéptica, por no decir completamente crítica, sobre el multiculturalismo en general y sobre los derechos indígenas en particular puede verse en el libro de Aguilar Rivera, José Antonio, *El fin de la raza cósmica*, México, Océano, 2001.

Para un panorama general de los temas tratados en el capítulo sexto, es interesante acudir a los ensayos de Neus Torbisco; por ejemplo los siguientes: “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001; “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, en Lucas, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid,

CGPJ, 2001; “Derechos colectivos”, “Minorías culturales” y “Multiculturalismo”, incluidos en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.

VII. EDITORIALES, LIBRERÍAS Y BIBLIOTECAS

En México tenemos grandes dificultades para acceder a la información en materia jurídica. En todo el país existen pocas librerías, el sistema de bibliotecas públicas es muy deficiente y la distribución de libros es del todo precaria. Seguramente son problemas parecidos a los que tienen varios países en América Latina. Por suerte, Internet presta actualmente un apoyo muy importante en materia bibliográfica, tanto por la cantidad de materiales que se pueden consultar a texto completo en la red, como por lo que respecta a la adquisición de libros por ese medio. Para complementar la información de los apartados anteriores, a continuación se ofrece un breve elenco de las páginas web de las principales editoriales jurídicas y de las librerías en las que pueden adquirirse la mayor parte de los libros que se han mencionado. También haremos un breve comentario sobre las bibliotecas en las que esas obras pueden encontrarse.

Las principales editoriales de obras relacionadas con los derechos fundamentales publicadas en español son el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx), Editorial Porrúa (www.porrua.com), Fondo de Cultura Económica (www.fce.com.mx), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (www.cepc.es), Ariel (www.ariel.es), Civitas (www.civitas.es), Trotta (www.trotta.es) y Paidós (www.paidos.com). Todas ellas ofrecen su catálogo en línea y en casi todos los casos aceptan pedidos realizados desde su sitio web.

Para adquirir libros jurídicos en español de casi todas las editoriales lo mejor es la página de la librería Marcial Pons (www.marcialpons.es), que ofrece principalmente libros publicados en España, Francia e Italia, pero también en varios países de América Latina (Argentina, Colombia, Perú, etcétera).

Si se quiere comprar libros en inglés, puede acudir a la página web de Amazon (www.amazon.com) o a la de Barnes and Noble (www.bn.com).

Las bibliotecas de las que principalmente me he servido para la escritura de este libro y que recomiendo vivamente son la biblioteca “Jorge Carpizo” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que probablemente tenga uno de los fondos bibliohemerográficos más importantes de América Latina en materia jurídica y la biblioteca del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Esta última tiene un muy completo repertorio (casi exhaustivo y en todo caso el más amplio que conozco) de obras sobre derecho

constitucional publicadas en las principales lenguas europeas y en América Latina; además mantiene muy actualizado un acervo con las principales revistas en materia de derecho constitucional, derechos fundamentales y ciencia política.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Ángel Manuel, “De la libertad moderna a la idea liberal burguesa y a los derechos fundamentales”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Acceso a la información y derechos sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- , “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- , “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 119, 25 de junio de 2001.
- , “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio, *Stato di eccezione*, Turín, Bollati Boringhieri, 2003.
- AGUIAR, Fernando, “A favor de las cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 116, octubre de 2001.
- AGUILAR RIVERA, José Antonio, “La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *El fin de la raza cósmica. Consideraciones sobre el esplendor y decadencia del liberalismo en México*, México, Océano, 2001.
- , *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México 1821-1876*, México, UNAM, 2001.
- AGUIRRE NIETO, Marisa, “El derecho de la información como ciencia”, en BEL MALLÉN, Ignacio y CORREDOIRA, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.

- AJA, Eliseo, "Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- ALBERT LÓPEZ-IBOR, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación anti-discriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002.
- ALEMANY, Macario, "Las estrategias de la igualdad", *Isonomía*, México, núm. 11, 1999.
- ALÉN, Luis H., "La doctrina de la 'actual malice' o real malicia", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- ALEXY, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000.
- , "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1995.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, "La impugnación de los decretos de exención de impuestos del ejecutivo federal mediante la controversia constitucional", en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- ÁLVAREZ, Silvina, "Los derechos de la mujer en un pañuelo", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 123, junio de 2002.
- ANDERE, Eduardo, *La educación en México: un fracaso monumental*, México, Temas de Hoy, 2003.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Garantía judicial de los derechos humanos", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, Marzo de 1999.
- ANTÓN, Antonio (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 2000.
- ANTÓN, Danilo J., *Ciudades sedientas. Agua y ambientes urbanos en América Latina*, Montevideo, CIID, UNESCO, Normand, 1996.
- AÑÓN, María José, "El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada: dos caras de una misma moneda", en ABRAMOVICH, Víctor

- y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- , *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- APARICIO, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CE-DECS, 2002.
- APARISI MIRALLES, Ángela, “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 5, julio-diciembre de 1995.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- ARAGÓN, Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987.
- , “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 1, 1997.
- , “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.
- , “Los problemas del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núm. 118-119, 1994.
- , “Orden constitucional económico”, en *id.* (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I.
- , *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , *Constitución, democracia y control*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- ARANDA, Elviro, *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001.
- ARENDT, Hannah, “¿Qué es la libertad?”, en su libro *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios de reflexión política*, Barcelona, Península, 2003.
- ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001.
- ARTOLA, Miguel, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1986.
- ASATASHVILI, Aleksy y BORJÓN LÓPEZ-COTERILLA, Inés (comps.), *Panorama actual de los derechos humanos de las personas de edad: la situación de México frente a los compromisos internacionales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

- ASATASHVILI, Aleksí y otros (comps.), *Seminario Internacional sobre Indicadores y Diagnóstico en materia de derechos humanos: el caso de la tortura en México*, México, CNDH, 2003.
- ASÍS ROIG, Agustín, “La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. I.
- ASÍS ROIG, Rafael de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ASÍS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ATIENZA, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-1987.
- y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- AYALA CORAO, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.
- AZURMENDI, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2a. ed., México, Fundación Buendía, UIA, 1998.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002.
- BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.
- BAILÓN CORRES, Moisés Jaime (comp.), *Derechos humanos y derechos indígenas en el orden jurídico federal mexicano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- BALLESTER, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- BALLESTEROS, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BALLESTRERO, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

- BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 24, 1988.
- , *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991.
- BARBERIS, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.
- BARCELLONA, Pietro, *L'individuo e la comunità*, Roma, Edizioni Lavoro, 2000.
- BARQUET, Mercedes y MÉNDEZ ALVARADO, María de J., “Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México”, *Diálogo y Debate de Cultura Política*, México, núms. 15-16, enero-junio de 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XVIII, 2001.
- , *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Madrid, Dykinson, 1996.
- BARRÈRE UNZUETA, María, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto de 2001.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, “Libertad de circulación”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- , “La libertad de información en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- y VILLAVERDE, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- BEARINGER, David (ed.), *The Bill of Rights, the Courts and the Law. The Landmark Cases that Have Shaped American Society*, 3a. ed., Virginia, The Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, 1999.
- BECALLI, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

- BELTRÁN, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en VV. AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- BEYANI, Chaloka, *Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003.
- , *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997.
- , *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- , “La independencia del Banco de España en clave constitucional”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- y REY MARTÍNEZ, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- , “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *La Constitución y la aplicación del derecho*, Madrid, Fundación BBVA, 1998.
- BIMBI, Linda (ed.), *No en mi nombre. Guerra y derecho*, epílogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2003.
- BLANCO VALDÉS, Roberto, *Las conexiones políticas. Partidos, Estado, sociedad*, Madrid, Alianza, 2001.

- , *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990.
- BOBBIO, Norberto, “Kant y las dos libertades”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- , “La resistencia a la opresión, hoy”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- , “Sobre los derechos sociales”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1998.
- , *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- , *L’eta dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- , *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- , *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BOIX PALOP, Andrés, “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 65, mayo-agosto de 2002.
- BOLAÑOS, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.
- BORJA, Jordi y CASTELLS, Manuel, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 2002.
- BORSELLINO, Patrizia, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milán, Zadig, 1999.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- BOSSELMANN, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, en GRECO, Michele (ed.), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Fiesole, Edizioni per la Pace, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002.
- , “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.
- , “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002.
- (comp.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- BRAÑES, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Editorial Universo Veintiuno, 1987.
- BRENA, Ingrid, “Personas y familia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.
- BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, México, Gernika, 1996.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1989.
- , *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002.
- , *El juicio de amparo*, 39a. ed., México, Porrúa, 2002.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CABEZUELO ARENAS, Ana L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997.
- CABO, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986.
- , *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- CAHN, Steven M. (ed.), *The Affirmative Action Debate*, 2a ed., Nueva York-Londres, Routledge, 2002.
- CALLINICOS, Alex, *Igualdad*, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2003.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.
- , “La autonomía universitaria en España”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- CANALES, Lorea, “La Constitución y las mujeres: una propuesta”, en VV. AA., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Editorial Themis, 2000.
- CANCADO TRINDADE, Antonio A. y otros, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, UIA, Porrúa, 2003.
- , “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1994.
- CANOSA USERA, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y*

- Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- CANOSA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro, “El acceso a la justicia de los consumidores”, en su libro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993.
- , *Justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, UNAM, 1987.
- , *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.
- CARABITA, B., *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padua, CEDAM, 1984.
- CARBONELL, José, “Estado de bienestar”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- CARBONELL, Miguel, “¿El tercero ausente? Poder Judicial y democracia en México”, *Metapolítica*, México, núm. 30, julio-agosto de 2003.
- , “Artículo 2o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2004, t. I.
- , “Constitución y medios”, en su libro *Elementos de derecho constitucional*, Fontamara, México, 2004.
- , “Discriminación (prohibición de)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “El nuevo papel del Poder Judicial y la transición a la democracia en México”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003.
- , “Igualdad constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- , “Minorías y derechos: un punto de vista constitucional”, en CARBONELL y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2001.

- , “Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 104, mayo-agosto de 2002.
- , “Renta básica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004.
- , *Elementos de derecho constitucional*, México, UNAM, Fontamara, 2004.
- , *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- , *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Política y Administración, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2002.
- , *Transición a la democracia y medios de comunicación: un punto de vista constitucional*, Aguascalientes, Coordinación General de Asesores-Gobierno del Estado, 2002.
- , *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2004.
- , “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.
- (comp.), *Derecho a la información. Legislación básica*, Porrúa, 2003.
- (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- y PÉREZ PORTILLA, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- y otros (coords.), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa, UNAM, 2002.
- (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, 2 ts.
- (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM, ITAM, Siglo XXI, 2002.
- y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.

- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.
- CARLYLE, A. J., *La libertad política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003.
- , “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003.
- CARMONA, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medioambiente”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M. A. Porrúa, UNAM, 2000, t. XV.
- CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004.
- CARPIZO, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones”, *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, Cámara de Diputados, 1998.
- , “Constitución e información”, en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- , “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”, en su libro *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003.
- , *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 1998.
- , “Vida privada y función pública”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003.
- y CARBONELL, Miguel, *Derecho constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2003.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Derecho de la seguridad social”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneos*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, en CARPISO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Cuotas e igualdad por razón de sexo”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- CASAL, Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, III, 2002.
- CASSESE, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, t. 192, 1986.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. I, La sociedad red, México, Siglo XXI Editores, 1999.
- CASTRO CID, Benito de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993.
- CELADOR, Óscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, La filosofía de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001.
- CHAPOY BONIFAZ, Dolores B., *Planeación, programación y presupuestación*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, “La esclavitud en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 97, julio de 2003.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel F., “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, *Nacionalidad, estatalidad y ciudadanía*, México, Porrúa, 2002.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Principales instrumentos internacionales sobre discriminación y racismo*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

- CODERCH, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- y GÓMEZ POMAR, Fernando (eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002.
- (dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002, 5 ts.
- COMANDUCCI, Paolo, “Autonomia degli individui o autonomia delle culture?”, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milán, Giuffrè, 1997.
- , “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto 1992*, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli, 1992.
- COMISIÓN CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, 2001.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A. y otros, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, TEPJF, COFEMER, 2004.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en su libro *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.
- CORCUERA, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, OUP, 2001.
- CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2003.
- COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., Oxford University Press, 2004.

- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Derechos morales: concepto y relevancia", *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001.
- , "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2001.
- , "Sobre el concepto de derechos colectivos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998.
- , "Las críticas al lenguaje de los derechos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.
- , "La argumentación sobre derechos fundamentales: la ponderación de los derechos y los intereses generales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 13, 2003.
- , *El concepto de derecho subjetivo*, prólogo de Manuel Atienza, México, Fontamara, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- , *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999.
- DALLA VIA, Alberto y BASTERRA, Marcela, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999.
- DENTON NAVARRETE, Thalía, "Régimen jurídico internacional del agua", *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 95, mayo de 2003.
- DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, 1999.
- DÍAZ ARANDA, Enrique e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Pena de muerte*, México, INACIPE, UNAM, 2003.
- DÍAZ, Elías, "Derechos humanos y Estado de derecho", en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- , "Estado de derecho y legitimidad democrática", en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002.
- , *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.
- DÍEZ PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000.

- , “Sobre la igualdad ante la ley”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- , *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.
- DOMINGO, Tomás de, “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, 2002.
- DULITZKY, Ariel E., “La Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados federales: algunas reflexiones”, en VV. AA., *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- DWORKIN, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, vol. III.
- , *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- , *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- , “Terror and the Attack on Civil Liberties”, *New York Review of Books*, Nueva York, vol. 50, núm. 17, 6 de noviembre de 2003.
- ECHÁNIZ SALGADO, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999.
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003.
- ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- ELVIRA, Ascensión, “Asociaciones y democracia interna”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, “El proceso de configuración del derecho a la información”, en BEL MALLÉN, Ignacio y CORREDOIRA, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.
- , *Derecho de la información*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2001.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- FANTINI, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *Teoria Politica*, Milán, año XVIII, núm. 2, 2002.

- FAVOREAU, Louis y PHILIP, Löic, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, 10a. ed., París, Sirey, 1999.
- FAVOREAU, Louis y otros, *Droit desde libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2000.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2000.
- FERNÁNDEZ PONCELA, Anna M., “Candidatas, cuotas y mujeres”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- , *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y constitución en Iberoameérica (libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Lima, Grijley, 1997.
- FERNÁNDEZ VARELA, Héctor y SOTELO MONROY, Gabriel E., “Derechos y salud: instituciones”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994.
- , *De la arbitrariedad de la administración*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1999.
- , *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, 1992.
- , “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM, Porrúa, 2004.
- , “Quali sono i diritti fondamentali?”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002.

- , “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.
- , “Estado social y Estado de derecho”, en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- , “Garantías”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002.
- , “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito”, en VV. AA., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifesto Libri, 1995.
- , “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e Diritto*, Roma, número correspondiente al tercer y cuarto trimestre del 2000.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Compendio de derecho procesal constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.
- , Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.
- (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- y CARBONELL, Miguel, *Compendio de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2004.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.
- FERRERES, Víctor, “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 42, septiembre-diciembre de 1994.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2000.
- FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Artículo 17”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, t. I.
- y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ, Rodrigo

- (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, IIJ-UNAM, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.
- , “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, II, San José, IIDH, 1995.
- , “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y otros (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dyckinson, 1992.
- , *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 1998.
- , *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2004.
- , *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.
- , *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001.
- FLORES D’ARCAIS, Paolo, *L’individuo libertario. Percorsi di filosofia morale e politica nell’orizzonte del finito*, Turín, Einaudi, 1999 (traducción al castellano, *El individuo libertario*, Madrid, Seix Barral, 2001).
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FRASER, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*, ed. en castellano, Madrid, núm. 0, 2000.
- , *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.
- FREIRE, José Manuel, “Política sanitaria”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999.
- FRENK, Julio *et al.*, “La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma”, en SOLÍS SOBERÓN, Fernando y VILLAGÓMEZ, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, FCE, 2001.
- GALEOTTI, Anna Elisabetta, *Multiculturalismo. Filosofia política e conflitto identitario*, Nápoles, Ligouri editore, 1999.

- GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos sociales e igualdad”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- GARCÍA CANALES, Mariano, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, octubre-diciembre de 1996.
- , *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998.
- , *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Antecedentes sociales y teóricos del Estado social: de los pobres al obrero”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. I.
- GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999.
- y Araldsen, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH, 1996, t. VI.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
- , *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Artículo 18”, en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, t. I.
- (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- , “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, en su libro *Estudios jurídicos*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- , “La reforma jurídica y la protección de los derechos humanos”, en HERNÁNDEZ, Antonio María y VALADÉS, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Ffrias*, México, UNAM, 2003.

- , *Delincuencia organizada*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002.
- , *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001.
- , *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2002.
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa, 1996.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca de la legitimidad democrática y el papel de las minorías”, en LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio y CAMOU, Antonio (coords.), *Globalización, identidad y democracia. México y América Latina*, México, UNAM, Siglo XXI, 2001.
- , “El problema de la desobediencia civil”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993.
- , “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003.
- , *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós, UNAM, 2000.
- GAVALDÁ, J. y otros (eds.), *Justicia y representación mediática*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
- GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- GIDI, Antonio y FERRER MACGREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.
- (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GIORGIS, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3a. ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- , “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 43, enero-abril de 1995.

- GÓMEZ DEL PRADO, José Luis, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- GÓMEZ HUERTA SUÁREZ, José y HURTADO MÁRQUEZ, Eugenio (comps.), *Marco jurídico de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos en las entidades federativas*, estudio preliminar de José Luis Soberanes Fernández, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- , *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, IIJ-UNAM, 2000.
- , “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- y otros, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- GONZÁLEZ GUERRA, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.
- , *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, Universidad de Vigo, 2002.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2002.

- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Artículo 61”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2004, t. III.
- , “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002.
- y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México”, en VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “La ley argentina de protección de datos personales y *habeas data*”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- GREPPI, Andrea, “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- GUASTINI, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., Turín, 1994, vol. IX.
- , *Le fonti del diritto e L'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- , “Invalidity”, *Ratio Iuris*, Londres, vol. 7, núm. 2, julio de 1994.
- , “La Constitución como límite a la legislación”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- , “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Fontamara, 2003.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003.
- , *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992.
- , *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- HÄBERLE, Peter, “El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.

- , “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, en su libro *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.
- , *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2002.
- , *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- , *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998.
- , *Pluralismo y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2002.
- , *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.
- , *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 129, enero-febrero de 2003.
- , *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- , *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HALL, Kermit L. (ed.), *The Oxford Guide to the United States Supreme Court Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- HERNÁNDEZ BARROS, Julio A., “La libertad sexual como garantía individual”, en VV. AA., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados- Editorial Themis, 2000.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, “Las tensiones internas del federalismo mexicano”, en *id.* (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- HERNANDO GARCÍA, Pedro J., “Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos”, en PAU VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, Ernesto y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996.
- , *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- , *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2000.
- IBÁN, Iván C. y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Lecciones de derecho eclesiástico*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- IGLESIAS FERNÁNDEZ, Ignacio, *La renda básica a Catalunya*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- IGNATIEFF, Michael, “Derechos humanos y autodeterminación colectiva”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 130, marzo de 2003.
- , *Los derechos humanos como política y como idolatría*, introducción de Amy Gutmann, Barcelona, Paidós, 2003.
- ITURRASPE, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, México, IIJ-UNAM, 2003.
- JENNEN, Susan M., *Privacy and Public Access to Electronic Court Information*, Williamsburg, National Center for State Courts, 1995.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Interpretación conforme”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- , “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- , “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1983.
- , *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- JULIO ESTRADA, Alexei, “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- , *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- JUNQUERA, Rafael, “La fundamentación de los derechos humanos: un intento de sistematización”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, 2002.

- KATZ, Isacc M., *La Constitución y el desarrollo económico de México*, México, Cal y Arena, 1999.
- KELLAS, James, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, 2a. ed., Nueva York, St. Martin's Press, 1998.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.
- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las acciones positivas”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980.
- , “L'universalità dei diritti dell'uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1992.
- KYMLICKA, Will, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en ÁGUILA, Rafael del y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- , *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- , *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , *Filosofía política contemporánea*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995.
- (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- y NORMAN, Wayne, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- , “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- LAPORTA, Francisco J., “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- , “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985.

- , “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- , “Problemas de la igualdad”, en VALCÁRCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- , “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983.
- , “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Madrid, núm. 4, 1987.
- LEARY, Virginia, “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 55, diciembre de 1995.
- LERNER, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- LEVY, Daniel C., *La educación superior y el Estado en Latinoamérica. Desafíos privados al predominio público*, México, FLACSO, UNAM, M. A. Porrúa, 1995.
- LEVY, Jacob T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2003.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho eclesiástico del Estado, derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, UCM, 1991.
- LO VUOLO, Rubén, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta de ingreso ciudadano”, *Contra la exclusión. La propuesta de ingreso ciudadano*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995.
- , “Ingreso ciudadano y pobreza en América Latina”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 19, julio de 2002.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Artículo 6o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2004.
- , “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Derecho de la información”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. IX.
- , “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Distintas concepciones de pueblos indígenas, como sujeto de derecho colectivo*, México, INI, 1998.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978", en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- LÓPEZ PINA, Antonio (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- LORA, Pablo de, *Entre el vivir y el morir. Ensayos de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2003.
- LORENZO VÁZQUEZ, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, CEPC, 2001.
- LUCAS, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- , "Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos", en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, La filosofía de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001.
- , "La lucha contra la discriminación", en VV. AA., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, CGPJ, 1999.
- , "Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías", en LUCAS, J. de (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999.
- , *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, UCM, 1993.
- LUJÁN PONCE, Nohemí, "Credibilidad y confianza políticas: elementos para un diagnóstico de la cultura política en México", en VV. AA., *Deconstruyendo la ciudadanía. Avances y retos en el desarrollo de la cultura democrática en México*, México, Segob, Miguel A. Porrúa, 2002.
- MADRAZO, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

- MADRID, Miguel de la, “Artículo 26”, en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004, t. I.
- , “El régimen constitucional de la economía mexicana”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- , *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, 3a. ed., México, Porrúa, 1986.
- MALEM, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MANSILLA, H. C. F., “Algunas insuficiencias de la democracia contemporánea. Una crítica de las teorías de la transición latinoamericana”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 108, abril-junio de 2000.
- MARAVALL, José María (ed.), *Dimensiones de la desigualdad*, Madrid, Visor, 1999.
- MARIÑO, Fernando, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, en PRIETO, Luis (ed.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, UCLM, 1996.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.
- MARTÍN MATEO, Ramón, “La calidad de vida como valor jurídico”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y OTTO, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1992.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson, 2000.
- , *Políticas del bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998.
- , *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, “Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México”, *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, núm. 117, abril de 2000.
- MCCRUDDEN, Christopher (ed.), *Anti-Discrimination Law*, Nueva York, New York University Press, 1991.

- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- MELGAR ADALID, Mario y PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “Derecho de la salud”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.
- MÉNDEZ, Juan E. y otros (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, “La defensa del consumidor: un principio general del derecho”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- MERCADO PACHECO, Pedro, “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española”, en CAPELLA, Juan Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.
- MIERES, Luis Javier, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2003.
- , *Intimidación personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003.
- MINC, Alain, *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- MIRAVET, Pablo, “El ingreso ciudadano”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados, IIJ-UNAM, 2000.
- MONTMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994.

- MORA TEMPRANO, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en TEZANOS, José Félix (ed.), *Tendencia en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999.
- MORANGE, Jean, *Las libertades públicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- MORESO, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Reforma en materia de derechos de los menores”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M. A. Porrúa, UNAM, 2000, t. XIV.
- , “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- , “Habeas data”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- y CANO VALLE, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIH*, México, UNAM, Cámara de Diputados, 2000.
- MUÑOZ-ALONSO LEDO, Alejandro, “La democracia mediática”, en MUÑOZ-ALONSO, A. y ROSPIR, Juan Ignacio (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999.
- NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de las normas constitucionales”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núms. 100-102, enero-diciembre de 1982.
- NINO, Carlos Santiago, “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990.
- , “La autonomía constitucional”, en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992.
- , “Sobre los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado y en Estados Unidos”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003.

- , “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001.
- , “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Santiago, año 1, núm. 1, 2003.
- , *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (honra y vida privada)*, Santiago, Lexis Nexis, 2002.
- , *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.
- NOWAK, John y ROTUNDA, Ronald R., *Constitutional Law*, 6a. ed., Saint Paul, West Group, 2000.
- NUSSBAUM, Martha C. y SEN, Amartya (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- OCDE, *Exámenes de las políticas nacionales de educación. México, educación superior*, París, OCDE, 1997.
- OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999.
- OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, México, Alianza, CNCA, 1991.
- OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, UNAM, Paidós, 1999.
- OLVERA, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas”, en GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- ONU, *Situación de la mujer en el mundo 2000. Tendencias y estadísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001.
- ORDÓÑEZ, Jorge, “El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, “Libertad de expresión”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, CEPC, 1999.

- OTTO, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y Otto, y PARDO, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- , *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- , *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- , “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Costas procesales”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. II.
- , *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- PACE, Alessandro, “Igualdad y libertad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- PACKER, John, “On the Content of Minority Rights”, en Räikkä, Juha (ed.), *Do we Need Minority Rights? Conceptual Issues*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- PAPIER, Juan Jorge, “Ley fundamental y orden económico”, en BENDA, Ernesto y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PAREDES MONTIEL, Marat y RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *El principio de reserva de ley en materia tributaria*, México, Porrúa, 2001.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, AD-HOC, 2002.
- PATRICK, John J. y LONG GERALD P. (eds.), *Constitutional debates on freedom of religion*, Westport, Greenwood Press, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio, “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- , “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003.

- y PRIETO SANCHÍS, Luis, “La filosofía de la tolerancia”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. I, Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998.
- y otros, *Textos básicos de derechos humanos*, Madrid, Aranzadi, 2001.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana y GARCÍA HUANTE, Omar (comps.), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, 2 ts.
- PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, “Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- , “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en SAUCA, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994.
- , “Seguridad jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- , *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- , “La universalidad de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- , *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2002.
- , *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, 2004.
- PÉREZ ROYO, Javier, “Derecho a la vida”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- PHILLIPS, Anne, “Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?”, en BECALLI, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

- PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- , “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- , “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- , “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 41, julio de 2001.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, mayo-agosto de 1998.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, prólogo de Luigi Ferrajoli, epílogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003.
- PIZZORUSSO, Alessandro, “I diritti degli individui, dei gruppi e delle minoranze”, en VITALE, Ermanno (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Las ‘generaciones’ de derechos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 5, 2001.
- , *Minoranze e maggioranze*, Turín, Einaudi, 1993.
- PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2003*, Madrid, Mundiprensa, 2003.
- , *Informe sobre desarrollo humano México 2002*, México, Mundiprensa, 2003.
- POGGE, Thomas W., “Group Rights and Ethnicity”, en KYMLICKA, Will y SHAPIRO, Ian (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, Nueva York, New York University Press, 1997.
- POLO SABAU, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2002.
- POSNER, Richard, “Obsessed with Pornography”, en su libro *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- PRESNO Linera, Miguel Ángel, *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003.

- , *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Barcelona, Ariel, 2000.
- , “La titularidad del derecho de participación política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 104, mayo-agosto de 2002.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Notas sobre el bienestar”, *Doxa*, Alicante, núm. 9, 1991.
- , “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IJJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- , *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999.
- , *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994.
- , *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- , “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- , “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- PRINCIPATO, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1999.
- PUTNAM, Robert, *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.
- RAVENTÓS, Daniel (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001.
- y NOGUERA, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 120, marzo de 2002.
- , “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 106, octubre de 2000.
- , *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.
- , *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- , *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

- , *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000.
- Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 19, julio de 2002, (monográfico sobre el tema de renta básica).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , “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.
- , *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- , *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- RISSO FERRAND, Martín J., “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis, “El debate sobre los derechos de grupo”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, CEPC, BOE, 2000.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001.
- y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “Discriminación y participación”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 110, octubre de 2000.
- RODRÍGUEZ TOUBES, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ROLLA, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Asamblea*, Madrid, núm. 3, junio de 2000.

- , *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.
- ROLLNERT LIERN, Göran, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Madrid, CEPC, 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos M., “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías”, en VV. AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- ROSENFELD, Michel, “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- , *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- ROSS, Alf, *¿Por qué democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Igualdad”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- , “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en su libro *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 75, septiembre de 1997.
- , “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 62, mayo-agosto de 2001.
- , *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- RUBIO, Luis, *La democracia verdadera. Información, ciudadanía y política pública*, México, Cal y Arena, CIDAC, 1998.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- , “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.
- , “La igualdad política”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002.

- , “La representación democrática de las mujeres”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- , “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto de 1999.
- , “Sobre el concepto de igualdad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SAAVEDRA, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- SABA, Roberto, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.
- SALDAÑA, Javier y ORREGO, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa*, México, IJJ-UNAM, 2001.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina, “Feminismo y ciudadanía”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en PAU VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- SÁNCHEZ, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003.
- SANTOLAYA, Pablo, “De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)”, en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.

- , *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- , *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003.
- SASTRE ARIZA, Santiago, “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 112, abril-junio de 2001.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996.
- SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.
- SCHMITTER, Philippe C. y LYNN Karl, Terry, “Qué es... y qué no es la democracia”, en DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc F., *El resurgimiento global de la democracia*, México, UNAM, 1996.
- SCHNAPPER, Dominique, *La comunidad de los ciudadanos. Acerca de la idea moderna de nación*, Madrid, Alianza, 2001.
- SCHAPP, Jan, *Derecho civil y filosofía del derecho. La libertad en el derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998.
- SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- SCHOEDER CORDERO, Francisco A., “Fuero militar”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- SELWYN MILLER, Arthur, “Toward a Concept of Constitutional Duty”, *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, 1968.
- SEN, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- , *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999.
- , *Sobre la desigualdad económica*, Barcelona, Editorial Crítica, 1979.
- SERRANO, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, en CAVAROZZI, Marcelo (coord.), *México en el desfiladero. Los años de Salinas*, México, Juan Pablos Editor, FLACSO, 1997.
- SHAPIRA, Amos, “Should Violent and Hate Speech be Protected? Some Reflections on Freedom of Expression and its Limits”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- SHIVA, Vandana, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003.
- , “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999.

- SIMON, Dieter, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.
- SLONIMSQUI, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Buenos Aires, FJD Editor, 2001.
- SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, CNDH, Porrúa, 2001.
- , “Títulos nobiliarios”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VI.
- , “Fuero”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 2000.
- SOLOZABAL, Juan José, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 32, 1991.
- SOSA, Boaventura de, “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- , *Reinventar el Estado. Reinventar la democracia*, Madrid, Sequitur, 1999.
- , *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002.
- , *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée, 2003, vol. I.
- , *Democracia y participación*, Madrid, El Viejo Topo, 2003.
- SPECTOR, Horacio, “La filosofía de los derechos humanos”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001.
- STARCK, Christian, “The Development of the Idea Of Religious Freedom in Modern Times”, en VV. AA., *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, IIJ-UNAM, 1996.
- , *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, CEC, 1979.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000.
- STIGLITZ, Joseph E., “Sobre la libertad, el derecho a estar enterado y el discurso público”, en GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- STRONG, Frank R., “Fifty Years of ‘Clear and Present Danger’: from Schenck to Brandenburg and Beyond”, *The Supreme Court Review 1969*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969.

- SUAY RINCÓN, José, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- , *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- SULLIVAN, Kathleen M., “Representation of Racial Minorities”, en BRINKLEY, Alan y otros, *The New Federalist Papers. Essays in Defense of the Constitution*, Nueva York, Londres, W.W. Norton and Company, 1997.
- SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.
- , *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- , *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, México, Porrúa, 2002.
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto, Bolonia, Il Mulino, 1976.
- THERBORN, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en TEZANOS, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991., t. II.
- TORBISCO, Neus, “Derechos colectivos”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- , “El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001.
- , “Minorías culturales”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.
- , “Multiculturalismo”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa Hermanos, 2002.

- , *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, tesis doctoral, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2000.
- TREJO DELARBRE, Raúl, “Civilizar a los poderes salvajes. Ilimitado dominio de los medios de comunicación”, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002.
- TRIBE, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992.
- TRUJILLO PÉREZ, Isabel, “La questione dei diritti sociali”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 14, 2000.
- UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2000*, Nueva York, ONU, 2000.
- UROFSKY, Melvin, *Religious Freedom. Rights and Liberties under the Law*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2002.
- VALADÉS, Diego, “Derecho de la educación”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VII.
- , “El régimen constitucional de la tolerancia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, IIJ-UNAM, 2000.
- , *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2000.
- VALLESPÍN, Fernando, “Cosmopolitismo político y sociedad multicultural”, en VALENCIA S., Ángel, *Participación y representación en las sociedades multiculturales*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998.
- VAN HOECKE, Mark y OST, Francois, “Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999.
- VAN PARIJS, Phillippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- (ed.), *Arguing for basic income*, Londres, Verso, 1992.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2001.
- , *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, UNAM-Paidós, 2001.
- , *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, FCE, 2004.
- (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, FCE, ITAM, 1999.
- VELASCO, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- VEGA, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 43, 1985.

- , “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en GARCÍA Herrera, M. A. y CORCUERA, J., *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1986.
- , *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.
- , “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwerkung der grundrechte*)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- VIDAL PRADO, Carlos, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, CEPC, 2001.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, “Contenido y alcances del derecho a la alimentación en el derecho internacional”, en VV. AA., *El derecho a la equidad*, Barcelona, Icaria, 1997.
- , *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000.
- , *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, UAM-A, 1995.
- , *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IIJ, UNAM, 1998.
- , “Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Una aproximación del caso mexicano desde la perspectiva comparada”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003.
- (comp.), *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- VILLAR BORDA, Luis, *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998.
- VILLAVERDE, Ignacio, “Derecho de rectificación”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- , *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
- , *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.
- , *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995.
- , “Concepto, contenido y límites de los derechos fundamentales”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.

- VITALE, Ermanno, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, prólogo de M. Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- , “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo e iuspositivismo”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , “Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales”, *Isonomía*, México, núm. 16, abril de 2002.
- VON MÜNCH, Ingo, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en SALVADOR CODERCH, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- VV. AA., *El ombudsman judicial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.
- , *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida. Sentencia sobre el aborto*, México, INACIPE, 2002.
- , *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994.
- , *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994.
- , *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- , *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997.
- , *La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2002.
- , *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- , *La libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1996.
- , *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- , *Mujeres, trabajos y políticas sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.
- , *Objeción de conciencia*, México, IIJ-UNAM, 1998.
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890; traducción al castellano *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.
- WEBER, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000.

- WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. A Analysis of the Retorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- WIEVIORKA, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, "La libertad ideológica o libertad de conciencia", en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.
- , *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.
- ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- ZEPEDA, Manuel, "El desafío de la vivienda", en SOLÍS SOBERÓN, Fernando y VILLAGÓMEZ, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, FCE, 2001.
- ZOLO, Danilo, "La ciudadanía en una era poscomunista", *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, Barcelona, núm. 3, Paidós, 1997.
- , "La strategia della cittadinanza", en ZOLO, Danilo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.
- , "Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico", *Filosofia Politica*, XIV, núm. 1, abril de 2000.
- , "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los 'derechos fundamentales'. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.