

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS DE LIBERTAD

I. Breve referencia al concepto de libertad	117
II. ¿Qué derechos de libertad hay para las sociedades democráticas?	120
III. El derecho genérico a la libertad y las causas para su privación	126
1. Detenciones en flagrancia y reserva de jurisdicción	127
2. Retención.	130
3. Arraigo	131
4. Lectura de los derechos	132
5. Responsabilidad patrimonial por detenciones indebidas	137
6. Las detenciones arbitrarias: algunas evidencias empíricas	137
7. Presunción de inocencia y prisión preventiva . .	142
8. Reserva de Código Penal.	146
9. Prueba ilícita	148
10. Libertad y autonomía del Ministerio Público . .	151
11. Delincuencia organizada	155
IV. Libertad de expresión	156
V. Derecho a la información	168
VI. Medios de comunicación y libertad de prensa . . .	175
1. Límites	176
2. Pluralismo mediático.	179
3. Cláusula de conciencia y secreto profesional . .	184
VII. Derecho de réplica	187

VIII. Derecho a la intimidad personal y familiar	189
IX. Libertad de conciencia y libertad de culto	195
X. Propuestas.	204

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS DE LIBERTAD

I. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE LIBERTAD

Para estar en posibilidad de comprender las reformas que se necesitan hacer a la Constitución mexicana en materia de derechos de libertad quizá sea útil ofrecer de forma somera alguna referencia acerca del concepto mismo de la libertad.¹³⁴

Hay que advertir que la construcción de un concepto de libertad nunca ha sido fácil, ni lo es en la actualidad. Recordemos que Montesquieu ya señalaba 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 mismo Montesquieu señalaba también el muy distinto entendimiento que ya desde hace siglos se hace 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 si-

¹³⁴ Una visión más amplia puede encontrarse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2005, pp. 301 y ss.

tuado en la monarquía. En fin, cada cual ha llamado libertad al gobierno que se ajustaba a sus costumbres o a sus inclinaciones.

De forma preliminar, se puede decir que 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 ya no son 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. Michelangelo 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”.¹³⁵

En una segunda aproximación, se puede sostener que la libertad se opone al concepto de poder.¹³⁶ 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.¹³⁷ Si alguien puede ejercer poder sobre nuestra persona, entonces no nos podemos considerar completamente libres.

Diversos autores distinguen entre la libertad negativa y la libertad positiva. Para efecto de esta breve introducción al concepto de libertad nos interesa la del primer tipo.

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”.¹³⁸ Esta libertad supone que no hay impe-

¹³⁵ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 74.

¹³⁶ Ferrajoli, Luigi, “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e diritto*, Roma, núm. correspondiente al tercer y cuarto trimestre del 2000, pp. 169 y ss.

¹³⁷ Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 135, pp. 75 y ss.

¹³⁸ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 97.

dimentos 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.

La figura deóntica que identifica a la libertad negativa dentro de un ordenamiento jurídico es la permisión;¹³⁹ por ejemplo, un enunciado normativo de este 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*”.

Los derechos de libertad 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 por esos derechos. Algunos autores llaman a este tipo de derechos “derechos-defensa”, ya que permiten al individuo defenderse de intromisiones en su conducta.¹⁴⁰

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.¹⁴¹

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

¹³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3a. reimp., Madrid, CEPC, 2002, pp. 211 y ss.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 188. Sobre la caracterización de los “derechos de defensa” véase también Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003, pp. 109 y ss.

¹⁴¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 139, pp. 189 y ss.

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.¹⁴²

También podemos 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 (a esto se le llama principio de legalidad, que en México está establecido en los artículos 14 y 16 de la Constitución).

II. ¿QUÉ DERECHOS DE LIBERTAD HAY PARA LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS?

En el apartado anterior se ha realizado una reflexión sobre cuestiones conceptuales. En las que siguen, se aportan algunas pautas argumentativas para dar sustento a las propuestas de reforma a la Constitución mexicana que posteriormente haremos en materia de derechos de libertad. Lo que nos proponemos ahora es explicitar algunos supuestos teóricos para saber bajo qué circunstancias y

¹⁴² Sobre éste último punto en concreto, véase 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.

con qué justificación se puede regular constitucionalmente la libertad, afectando, de esa forma, el principio general de libertad que rige en ausencia de cualquier regulación jurídica.

Comencemos señalando algo bien conocido: cuando se quiere ir construyendo un sistema jurídico que asegure la convivencia social pacífica, hay que discutir y promulgar una serie de normas que suponen limitaciones a la libertad de los integrantes de una sociedad. En consecuencia, 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 realizar 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.¹⁴³ Pero, ¿lo anterior significa que el Estado debe respetar *cualquier* plan de vida? Incluso los ultra-liberales 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;¹⁴⁴ el principio de daño, sin embargo, está lejos de ser

¹⁴³ Rosenkrantz, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en varios autores, *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992, p. 13.

¹⁴⁴ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, en varios autores, *La autonomía personal*, cit., nota 142, 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

claro cuando se le quiere aplicar a un sinnfín 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 de cómo el principio de daño se ha aplicado de muy diferentes maneras (en ciertos casos de forma claramente atentatoria de la libertad) en países democráticos.

En virtud de lo anterior, parece razonable afirmar que la tarea del sistema constitucional de derechos fundamentales debe ser la de proteger la libertad siempre que esa libertad no cause daño a otros. Las decisiones, desde luego, 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 transmiten películas pornográficas estén claramente identificados como tales, de forma que el espectador esté advertido del tipo de material al que va a tener acceso).¹⁴⁵

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).

¹⁴⁵ En este sentido, *ibidem*, p. 54.

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.¹⁴⁶

También existe un cierto consenso en el que las actividades que científicamente se han probado que atentan contra la salud de las personas, si no pueden ser prohibidas al menos sí deben ser desincentivadas, al tiempo que se deben promover aquellas condiciones que mejoran nuestra salud. Así, 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Con este tipo de medidas, el Estado asume una función que algunos autores denominan “paternalista”.¹⁴⁹

¿Cómo se justifican las medidas “paternalistas”? Carlos S. Nino sostiene que el paternalismo puede justificarse por cuestiones

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ Rosenkrantz, Carlos F., *op. cit.*, nota 143, pp. 24 y 25.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴⁹ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, *cit.*, nota 142, pp. 43 y ss.

de salud; en este caso, sin embargo, el propio Nino señala algunos requisitos para justificar una medida paternalista:¹⁵⁰

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, 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.

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.¹⁵¹ 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.¹⁵² 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. Así, por ejemplo, estaría justificada la prohibición del trabajo forzoso; pero también ten-

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 67-70.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 71-74.

dría 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”,¹⁵³ 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.

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.¹⁵⁴ En todo caso este punto merecería, por sí mismo, una discusión aparte.

Tomando en cuenta las premisas anteriores de carácter general, en los próximos apartados pasamos a realizar propuestas concretas de reforma constitucional en el tema de los derechos de libertad. El lector podrá contrastar, tomando en cuenta lo que se acaba de decir, si esas propuestas se ubican o no dentro de las coordenadas de lo que debe ser una sociedad liberal, en la que las determinaciones paternalistas estén puntualmente justificadas.

Debe considerarse, antes de entrar en las propuestas concretas de reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos de libertad, que los ámbitos en que tales derechos están o pueden estar constitucionalmente regulados son muy amplios. Lo que haremos

¹⁵³ 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 tiene tendencia al “suicidio” y termina por tanto “autoliquidándose”; Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.

¹⁵⁴ Véanse las reflexiones contenidas en el capítulo “El arte y el Estado intervencionista”, en Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 43 y ss.

enseguida será tratar solamente algunos de esos ámbitos, quizá los que resultan más importantes o que de alguna manera son más destacados.

III. EL DERECHO GENÉRICO A LA LIBERTAD Y LAS CAUSAS PARA SU PRIVACIÓN

La expresión más inmediata que pueden tener los derechos de libertad constitucionalmente reconocidos consiste en la prohibición de que existan detenciones fuera de los casos constitucional y legalmente permitidos. Luego de la protección de la vida y de la integridad física, quizás sea la libertad de movimientos el derecho que refleja de forma más inmediata la autonomía de toda persona.¹⁵⁵

Por esas razones, un régimen constitucional democrático debe establecer, con la mayor precisión que sea posible, las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privada de su libertad, por ejemplo a través de la regulación —entre otros— de los siguientes aspectos:

- a) requisitos para detenciones policiales;
- b) prisión preventiva;
- c) requisitos para el otorgamiento de órdenes de aprehensión;
- d) garantías del proceso penal;
- e) derechos de las personas que cumplen una condena privativa de la libertad.

Revisemos con mayor detenimiento algunos de estos temas.

Antes de eso, conviene tomar en cuenta —en parte para ilustrar varios de los puntos siguientes— que un modelo de disposi-

¹⁵⁵ En este sentido Carlos S. Nino apunta que: “Junto con los posibles atentados a la vida y a la integridad psicofísica, los aspectos más básicos de la autonomía personal se ven afectados por los atentados a la libertad de movimientos de la gente, o sea la posibilidad efectiva de mover sus miembros, realizando una variedad muy grande de acciones posibles, principalmente la de desplazarse de un lugar a otro”, Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 254.

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

1. Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez... 4. Toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten. 5. Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial. 6. Ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere... 9. Se erradica de la legislación de la ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.¹⁵⁶

Normas como la que se acaba de transcribir suponen una plataforma normativa aceptable para proteger debidamente la libertad de los sujetos a los que se dirigen. Por desgracia, no en todos los ordenamientos jurídicos se encuentra una regulación de este tipo. De acuerdo con los argumentos que se ofrecerán más adelante, el ordenamiento jurídico mexicano quizá no alcance ese nivel de tutela normativa.

1. *Detenciones en flagrancia y reserva de jurisdicción*

Una cuestión relativamente pacífica en el régimen jurídico de la privación de la libertad tiene que ver con las detenciones practicadas en “flagrancia”, es decir, en el momento mismo en que una

¹⁵⁶ Este último concepto (es decir, la prohibición de sancionar acciones que no afecten a derechos individuales o colectivos), supone la constitucionalización del “principio de daño”, al menos en el ámbito del derecho penal.

persona está cometiendo un delito o en el inmediatamente posterior, cuando sucede la persecución material luego de ocurrido el hecho. La Constitución mexicana en el párrafo tercero de su artículo 16 permite que cualquier persona pueda detener a un sujeto en flagrancia.

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 o con la persecución inmediata posterior) entonces no estamos en el supuesto del párrafo tercero del artículo 16 y, por tanto, cualquier detención que se practique al amparo de esa supuesta flagrancia deviene automáticamente en 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 sin orden judicial cuando hayan transcurrido menos de 48 o 72 horas de que ha realizado una conducta delictiva.¹⁵⁷ 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”.¹⁵⁸

Para evitar tales extralimitaciones legislativas y administrativas es necesario definir en el texto constitucional lo que debe entenderse por flagrancia, de acuerdo a lo que ya se ha dicho.

Fuera de los casos de flagrancia, cualquier tipo de detención o retención debe ser autorizada por una autoridad judicial.¹⁵⁹ Hay

¹⁵⁷ Es el caso de la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁵⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

¹⁵⁹ Para el análisis de las diferencias entre detención y retención puede verse Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y*

que ser muy enfáticos en este punto: las autoridades administrativas no deben contar con facultades de privación de la libertad, con excepción de los arrestos por infracciones administrativas. Cualquier privación de la libertad que vaya más allá de un arresto (de los previstos en el párrafo primero del artículo 21 constitucional)¹⁶⁰ está sujeta a una “reserva de jurisdicción”, es decir, debe ser ordenada solamente por un juez.

Puede servir como modelo para una futura reforma constitucional lo que dispone el segundo párrafo del artículo 12 de la Constitución de Bélgica, según el cual: “Salvo el caso de flagrante delito, nadie podrá ser detenido sino en virtud de auto motivado de un juez, que se deberá notificar en el momento de la detención o dentro de las veinticuatro horas a más tardar”.

La regulación estricta de la flagrancia no es una cuestión puramente teórica, sino del todo práctica tomando en cuenta que la mayoría de las detenciones realizadas por la policía, con motivo de la comisión de un hecho delictivo, son realizadas en el mismo momento de cometerse el hecho o durante las siguientes tres horas. Según una encuesta realizada a la población penitenciaria, el 48% de los encuestados declaró haber sido detenido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión del delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora (minuto 61 en adelante) y las 24 horas siguientes.¹⁶¹ Es decir, el 70% de los detenidos lo fueron con menos de 24 horas de distancia respecto a la comisión del delito.

De acuerdo con estas cifras, no debe sorprendernos el hecho de que la mayor parte de las detenciones se practican sin orden judi-

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, ambos con abundante bibliografía complementaria.

¹⁶⁰ Como se sabe, dicho párrafo autoriza el arresto hasta por 36 horas en el caso de violación a los “reglamentos gubernativos y de policía”.

¹⁶¹ Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la república mexicana*, México, CIDE, 2003, p. 45.

cial de por medio. Se calcula que el 40% de las detenciones se realizan sin la orden de aprehensión que debe emitir un juez.¹⁶²

2. Retención

Actualmente, el párrafo séptimo del artículo 16 prevé 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. Mientras tanto, la persona queda a disposición de la autoridad administrativa ministerial.

La “retención” es una figura que no encaja del todo dentro del sistema constitucional de privación legal de la libertad y que tiene una muy débil justificación. La Constitución ordena que siempre que se lleve a cabo una detención (realizada por mandato judicial o no, dentro de los casos de excepción), la persona debe ser puesta de inmediato a disposición de un juez. ¿Qué justifica que el párrafo séptimo del artículo 16 autorice 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). 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.

¹⁶² Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y Ministerio Público en México*, México, CIDAC, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 245.

Pero 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 horas, que son nada menos que cuatro días enteros—.

A todas luces se trata de un plazo 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, debería tratarse de un plazo breve y solamente aplicable para casos excepcionales. La supervisión judicial puede servir además como un dique a la facultad del Ministerio Público para determinar si una persona ha cometido o no delitos de delincuencia organizada. Tal como está el texto constitucional, actualmente el Ministerio Público goza de una facultad demasiado amplia para resolver sobre este aspecto, lo que conlleva posibles violaciones de derechos.

La figura de la retención debe modificarse profundamente (para ponerla en manos de los jueces y no del Ministerio Público) o de plano derogarse.

3. *Arraigo*

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”. Así, 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 procedimiento penal; esto significa que no queda claro si el arraigado tiene derecho a recibir asistencia de abogado o si puede ser interrogado válidamente.

Quizá serviría contar con una previsión constitucional que precise que cualquier privación de la libertad debe darse conforme a los plazos que establece la propia Constitución, fuera de los cuales no podrá impedirse a una persona el ejercicio de su libertad deambulatoria.

4. *Lectura de los derechos*

Retomando el ejemplo del citado artículo 13 de la Constitución de Buenos Aires, se podría incorporar al texto constitucional la obligación de toda autoridad que lleva a cabo una detención de informar sobre la causa de su detención y sobre sus derechos.¹⁶³ Se trata de una práctica que existe en muchos países y que en México sería muy útil en la medida en que, lamentablemente, las personas conocen escasamente sus derechos. La sanción, en caso de que no se le diera “lectura” a los derechos, sería la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el tex-

¹⁶³ Para un análisis de los elementos que componen este derecho, Barona Vilar, Silvia, “Garantías y derechos de los detenidos”, *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005, pp. 62 y ss.

to de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso “Miranda versus Arizona”, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966.¹⁶⁴

El caso *Miranda* es quizá el que más se ha visto en películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha que más o menos dice así: “Tiene usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona; no había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos, sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio? ¿tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía o ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice*

¹⁶⁴ La bibliografía sobre el caso Miranda es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces “Miranda versus Arizona” y “Miranda warnings”, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

Earl Warren le preguntó entonces si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final, la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo, la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia Miranda” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes:¹⁶⁵

Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

¹⁶⁵ La traducción de la sentencia puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, pp. 344-353.

Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos.

El *justice* Byron White consideró, en su opinión disidente, que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

En el periodo 2003-2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada “Miranda warning”; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos para presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de cinco a cuatro.¹⁶⁶

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los siguientes datos: el 71% de los detenidos en el Distrito Federal no tuvo asistencia de abogado mientras estuvo privado de su libertad ante el Ministerio Público; del 30% que sí tuvo asistencia de abogado, la gran mayoría (70%) no pudo hablar con él a solas. Ya ante el juez que conoció de la acusación en su contra, el 60% de los detenidos no fueron informados de que tenían derecho a no declarar. Durante su declaración preparatoria ante la autoridad judicial uno de cada

¹⁶⁶ Véase la nota de Greenhouse, Linda, “The Year Rehnquist May Have Lost his Court”, *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

cuatro detenidos no estuvo asistido de abogado.¹⁶⁷ El 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó; el juzgador no estuvo presente durante la declaración del detenido (ya en sede judicial) en el 71% de los casos.¹⁶⁸

Ante estos extendidos y evidentes fenómenos de “desprotección” —por decirlo de alguna manera— de las personas detenidas, el hecho de que conozcan sus derechos puede ser de gran ayuda en la práctica. El impacto de una medida de este tipo puede ser muy positivo para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre esta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7o., párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el derecho comparado encontramos por ejemplo el artículo 17 párrafo 3 de la Constitución española que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27 párrafo 4 de la Constitución portuguesa cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que: “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

¹⁶⁷ Zepeda, *Crimen sin castigo*, *op. cit.*, nota 162, pp. 252 y 253.

¹⁶⁸ Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, *cit.*, nota 161, p. 47.

5. *Responsabilidad patrimonial por detenciones indebidas*

Una forma de “desestimular” la práctica de las detenciones indebidas o arbitrarias por parte de las autoridades puede darse a partir del establecimiento de una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado. Se trataría de que cualquier persona que fuera víctima de una detención arbitraria recibiera una indemnización económica, con independencia de las responsabilidades penales, administrativas y/o civiles a que se hiciera acreedora la persona que llevó a cabo la detención indebidamente. Este tipo de responsabilidad quizá pueda desprenderse actualmente de lo que ordena el párrafo segundo del artículo 113 constitucional (referido en general a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades administrativas “irregulares”),¹⁶⁹ pero podría incluso ser objeto de una previsión específica en el propio artículo 16 constitucional.

La obligación de indemnizar a las víctimas de detenciones arbitrarias tiene fundamento en diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo en el artículo 9o., párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Sobre la manera en que se podría redactar una futura reforma constitucional en México puede considerarse el texto del párrafo 5 del artículo 27 de la Constitución de Portugal, cuyo texto establece: “Toda privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obligará al Estado a indemnizar a la persona así lesionada en los términos que la propia ley establezca”.

6. *Las detenciones arbitrarias: algunas evidencias empíricas*

Para dar sustento empírico a las propuestas que se acaban de realizar, conviene advertir al lector que en México son frecuentes las

¹⁶⁹ Al respecto, Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 193 y ss.

detenciones arbitrarias y las violaciones de los derechos fundamentales de las personas detenidas, mientras se encuentran a disposición policial. Las detenciones arbitrarias violan no solamente el artículo 16 constitucional por cuanto que se ubican fuera de cualquier supuesto normativo para privar de la libertad a una persona, sino también el artículo 11 de la propia carta magna que prevé la libertad de tránsito.

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.

El asunto es de tal gravedad que 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.

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 policíacos”; también se señala que “la práctica recurrente” de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando éstos 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 (como por ejemplo alguna sustancia psicotrópica), 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.

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 han 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 2002.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3

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 no está expresamente establecida en la legislación” y por la ya mencionada 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 de-

tectadas en las instalaciones: ausencia de camas o literas, duchas, cocinas, comedores, etcétera.

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.

Con este panorama se justifica plenamente que la Constitución contenga prevenciones muy estrictas para combatir la exis-

tencia de las detenciones arbitrarias; algunas de ellas pueden ser las que hemos enumerado en los apartados anteriores.

7. Presunción de inocencia y prisión preventiva

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

—si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no sólo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.¹⁷¹

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido que el principio de presunción de inocencia está implícitamente recogido en la Constitución mexicana; se trata de 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

¹⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 549.

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 corresponde 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.

Tesis P. XXXV/2002, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, agosto de 2002, t. XVI, p. 14.

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 haberle seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad; la necesidad de que exista un “juicio previo” antes de privar a una persona de su libertad constituye uno de los pilares del modelo de Estado constitucio-

nal, contrariamente a lo que sucedía en el antiguo régimen, cuando bastaba con una orden de la autoridad administrativa para que una persona fuera encarcelada.¹⁷²

Como señala Ferrajoli,

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.¹⁷³

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción del texto constitucional que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, sino fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 constitucional, que deja a la ley la determinación de los

¹⁷² Tiene razón Carlos S. Nino cuando afirma que “El régimen que sólo admite la excarcelación (durante el proceso penal) para ciertos delitos ligeramente penados y la práctica de someter a los procesados bajo prisión preventiva a condiciones tan gravosas como las de los condenados (a veces con mayores restricciones, como es la de excluirlos de tareas laborales) infringe claramente la exigencia constitucional de juicio previo. Solamente si la prisión preventiva está justificada en el temor fundado de que el procesado evada la acción de la justicia y la privación de la libertad consiguiente —que claramente no es un castigo sino una carga para que se cumplan los trámites procesales— se depura de todo otro aspecto desagradable e incluso se compensa debidamente si el procesado resulta absuelto, puede justificarse la restricción de la libertad mientras dura el proceso penal”, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., nota 155, p. 255. Sobre la idea de compensación en caso de que el detenido sea declarado absuelto, ver *supra* el apartado dedicado a la propuesta de establecer una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado para este tipo de situaciones indebidas.

¹⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 171, p. 559.

“delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión.¹⁷⁴ 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.

Habría que disponer, en consecuencia, las hipótesis en que la libertad caucional puede ser negada, solamente en el caso de que necesidades procesales imperiosas lo exigieran y conforme a la libertad de apreciación del juez, quien tendría que acreditar la existencia de tales necesidades. De la misma forma, serviría tener una previsión que *explícitamente* recogiera el principio de presunción de inocencia, el cual, desde luego, se proyectaría no sólo al tema de la prisión preventiva sino al del proceso penal en su conjunto.

La introducción en el texto constitucional de la presunción de inocencia es congruente y viene a reforzar lo que ya establecen convenciones y tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano. Así, por ejemplo, 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

¹⁷⁴ También el artículo 18 constitucional se refiere a la prisión preventiva, la cual —señala este precepto— 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”. Desde luego, tales disposiciones forman parte del amplio elenco de normas constitucionales que tienen escasa aplicación.

delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

8. *Reserva de Código Penal*

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 (con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); 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 cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.¹⁷⁵

¹⁷⁵ “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, 2004, p. 112.

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad, repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales. Tal parece que el legislador asume que cada vez que dicta una nueva ley o reforma una ya existente debe incluir disposiciones penales para que los destinatarios “se la tomen en serio” o, como se dice, “para que la norma tenga dientes”, olvidando de esa forma los principios del derecho penal mínimo.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

La reserva de código penal quizá comparte los objetivos de una antigua propuesta de varios penalistas mexicanos:¹⁷⁶ la de unificar la legislación penal, de forma que hubiera un único ordenamiento punitivo a nivel nacional. La idea que persiguen ambas propuestas es darle elementos de certeza y de seguridad a los particulares, evitando que a partir de la dispersión normativa (ya sea sobre un único nivel de gobierno o entre los niveles federal y local), se cometan arbitrariedades que vayan en demérito de los derechos fundamentales. Es importante señalar que la unificación penal no va en contra del sentido federal del Estado mexicano, ya que muchas otras materias sustantivas para el desarrollo del país y para la seguridad jurídica también tienen una regulación única a nivel nacional por mandato de la carta magna; tal es el caso, por mencionar

¹⁷⁶ Recientemente, García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación”, en Gómez Lara, Cipriano y Storme, Marcel (coords.), *XVII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2005, vol. IV, pp. 8-10.

solamente dos ejemplos, de la materia laboral (a través de la Ley Federal del Trabajo) y de la materia mercantil (a través del Código de Comercio).

9. *Prueba ilícita*

En el apartado dedicado al tema de la lectura de los derechos, sugerimos que si dicha obligación por parte de la policía se introduce en la Constitución deberá ir acompañada de una disposición que señale que al no realizarla se está viciando todo el procedimiento y que la consecuencia sería la inmediata puesta en libertad del detenido.

Aunque en ese momento no se hizo explícito, en el fondo de tal consecuencia late un tema de más largo alcance, que tiene relevancia para asegurar (o no), los derechos de las personas que se enfrentan a un proceso penal. Me refiero al tema de la prueba ilícitamente obtenida. La Suprema Corte ha sido muy tímida al tratar el tema. En materia civil (o más concretamente, en materia familiar), ha señalado que una prueba obtenida mediante un acto que supone una violación constitucional no puede tener ningún efecto en un juicio. La tesis respectiva es la siguiente:

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPECTAR 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 ajustarán 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, 2a. CLXI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, diciembre de 2000, t. XII, p. 428.

Ahora bien, este criterio tendría que ser extendido desde el ámbito civil hacia el penal y además debería de plantearse un criterio mucho más exigente respecto de los efectos de la prueba ilícitamente obtenida. Una violación constitucional no puede convalidarse. Arroja una sombra de duda sobre todo el proceso, con independencia de las consecuencias jurídicas que puede tener, en lo individual, para quien la haya cometido. Por eso es que lo ideal sería ordenar desde el texto de la carta magna que toda prueba obtenida mediante una violación constitucional (o, al menos, mediante una violación de ciertos artículos de la Constitución, como por ejemplo los que se refieren expresamente al proceso penal, a la prohibición de maltrato o a cualquier otro que intente

impedir que se ponga en riesgo la integridad física y psíquica del detenido), vicia por completo un procedimiento, ya sea en la etapa de la averiguación previa o en la del juicio. La consecuencia sería la nulidad completa de todo lo actuado y la inmediata puesta en libertad del detenido.

Se podría pensar, como lo pensó el *justice* White en su opinión disidente de la sentencia *Miranda versus Arizona*, que de esta manera se podría poner en libertad a peligrosos delincuentes, asesinos o violadores. Lo cierto es que ese riesgo existe y afecta no solamente a esta propuesta, sino a muchos de los derechos fundamentales que se aplican a la materia penal. Pero ese riesgo es compensado si tomamos en cuenta que, gracias a esa medida, se puede impedir que gente inocente sea privada de su libertad. La protección de un inocente, aunque sea de uno solo, bien vale correr el riesgo de que pueda llegar a liberarse a un verdadero delincuente.

El criterio sobre la inadmisibilidad judicial de las pruebas obtenidas ilícitamente es muy conocido en los ordenamientos jurídicos modernos. Algunos países lo han elevado incluso a rango constitucional; tal es el caso de la Constitución brasileña de 1988, cuyo artículo 5o. dispone en la fracción LVI que “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. La idea que estamos proponiendo va más allá de esta inadmisibilidad y se proyecta en la nulidad de todo el procedimiento.

Si esta propuesta fuera aceptada se lograrían disminuir drásticamente las infamantes prácticas de muchos de los cuerpos policíacos mexicanos, que saben que pueden detener arbitrariamente, incomunicar, incluso torturar y que las sanciones por tales conductas no suelen existir. Si la sanción por cometer tales prácticas fuera la puesta en libertad de los detenidos, quizá se lo pensarían dos veces antes de cometer tales atropellos (aunque esto no resulta aplicable a aquellos agentes públicos que torturan y maltratan por puro sadismo, que los hay; pero su caso requiere de un comentario aparte).

10. *Libertad y autonomía del Ministerio Público*

En los anteriores apartados hemos realizado algunas reflexiones muy sumarias sobre aspectos que consideramos cruciales para proteger adecuadamente la libertad de todos los habitantes de México, particularmente en contra de las detenciones arbitrarias y de los abusos que pueden darse dentro del campo penal.

Una propuesta complementaria sobre este tema, que tendría efecto no solamente sobre la protección de la libertad, sino sobre el conjunto de la procuración y administración de justicia penal, tiene que ver con la autonomía de los órganos encargados de la procuración de justicia. Es decir, se trata del conocido tema de la autonomía de Ministerio Público.

La mejor alternativa en este punto es caminar hacia la plena autonomía de Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo, profesionalizando su gestión (a través de la carrera ministerial)¹⁷⁷ y blindando al titular de la acción penal pública frente a presiones por intereses políticos o partidistas. Esta propuesta, de ser aprobada, solamente significaría que México comienza a caminar por la senda de las mejores experiencias que hay en el derecho constitucional comparado y podría tener evidentes impactos en la protección de la libertad de todos los que habitan en nuestro país.

Dicha autonomía tiene que complementarse con una reforma que permita la acción penal por parte de los particulares, ofreciendo la posibilidad de que exista la figura de la “acusación particular”, respecto de la cual la acusación pública sería subsidiaria en todos los casos y necesariamente coexistente en los delitos más graves. Actualmente se sigue manteniendo el monopolio de la ac-

¹⁷⁷ La carrera fiscal o ministerial permitiría que los agentes del Ministerio Público tuvieran las mismas garantías que tienen los jueces (inamovilidad, remuneración, estabilidad, etcétera). Al respecto, podría tomarse quizá como ejemplo el caso de Portugal, en donde existe un Consejo Superior del Ministerio Público, compuesto mayoritariamente por fiscales, que garantiza la independencia externa y que asegura las mejores condiciones para el acceso a la función ministerial, que en todo caso es a través de concurso público.

ción penal en manos del Ministerio Público (monopolio apenas paliado a través de una breve posibilidad de supervisión judicial en los casos determinados por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional), por lo que podemos preguntarnos: ¿Porqué los particulares no pueden llevar ante un juez penal un asunto y que sea el juez el que determine si hay elementos suficientes para abrir el juicio en contra de un tercero? ¿Por qué mantenemos en México esa inextinguible aduana que nos obliga a pasar por el Ministerio Público como requisito para abrir las puertas del proceso penal? Sobre esta importante cuestión Sergio García Ramírez ha hecho las siguientes consideraciones:¹⁷⁸

¿por qué no abrir el espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal?... Si alguna vez pareció... necesario que el ofendido... quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea, de que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado... Sería privatización, sí, pero sana y oportuna privatización. Por lo demás, tampoco se trataría de dejar al indiciado a merced del poderoso —es decir, agobiado por su propia debilidad, su temor, su ignorancia, su desvalimiento—; se podría generar un sistema de acción subsidiaria y necesaria a cargo del Ministerio Público...

La autonomía de los órganos de procuración de justicia resulta, en el contexto de transición democrática que estamos viviendo, necesaria y puede ser muy positiva. Sergio García Ramírez ha escrito sobre el tema que

ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el

¹⁷⁸ “A manera de prólogo. La obra de Fix-Zamudio y la institución del ministerio público” en Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 17.

Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias.

Por su parte, Fix-Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras:

...es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia.¹⁷⁹

La autonomía del Ministerio Público es necesaria no solamente en relación con la mejor tutela de las libertades, sino también para permitir la eficaz persecución de delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del Ministerio Público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política. Como lo señala Perfecto Andrés,

...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delinCUencias que se produzcan en el interior del propio Estado¹⁸⁰

¹⁷⁹ El conjunto de las propuestas de Héctor Fix-Zamudio sobre el tema pueden verse en *idem*; un amplio compendio de opiniones en el mismo sentido se encuentra en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004.

¹⁸⁰ Ibáñez, Andrés, "Por un Ministerio Público dentro de la legalidad", *Nueva doctrina penal*, Madrid, 1998, p. 439.

Según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente —en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos— a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.¹⁸¹

La dependencia orgánica del Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que “si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*”.¹⁸²

La independencia o autonomía del Ministerio Público, finalmente, encajarían bien en una teoría garantista del derecho, pues como afirma Luigi Ferrajoli,

hay que extender a los órganos de la acusación penal las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia.¹⁸³

Desde luego, la autonomía del Ministerio Público debe balancearse con medios externos de control sobre la institución; hay evidencia suficiente como para suponer que los medios internos —que son en lo fundamental los que están actualmente vigentes—

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 463.

¹⁸² *Ibidem*, p. 451.

¹⁸³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 570.

no tienen un funcionamiento adecuado.¹⁸⁴ Dar amplias facultades de revisión y supervisión al Poder Judicial sobre la tarea de las procuradurías puede ser una ruta que debe ser analizada; también debe ponderarse la existencia de vías de control parlamentario, como lo puede ser la figura de la comparecencia ante el pleno o las comisiones de alguna de las cámaras del Congreso por parte de los titulares de los órganos de procuración de justicia.

11. *Delincuencia organizada*

En el apartado dedicado a analizar la extraña figura de la “retención”, hicimos referencia a la duplicación del término de la misma cuando se trata de presuntos actos de delincuencia organizada. Tal parece que las personas que son acusadas de haber presuntamente cometido este tipo de delitos merecen un estatuto constitucional menos protector o más débil que las demás personas.

Hay, incluso, algunas iniciativas de reforma constitucional en curso que pretenden remitir todo el tema de los derechos procesales fundamentales de las personas acusadas de delincuencia organizada al legislador, lo que conllevaría, de hecho, una “desconstitucionalización” de tales derechos.

La idea de permitir que el legislador emita un conjunto de reglas penales que sean aplicables solamente al fenómeno de la delincuencia organizada, creando de esa forma un sub-sistema penal de excepción, es algo muy peligroso, que puede generar graves riesgos para los derechos fundamentales de todos los que vivimos en México. Para empezar, ni la Constitución ni las propuestas de reforma constitucional que se han realizado en la materia dan base alguna para determinar en qué casos la ley puede considerar una conducta como de “delincuencia organizada”; tampoco se suele precisar si la ley correspondiente deberá observar las previsiones

¹⁸⁴ Véase, al respecto, las reflexiones de Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y Ministerio Público en México*, cit., nota 169, pp. 341 y ss.

generales de la Constitución o si por el contrario el legislador tendrá una especie de “cheque en blanco” tratándose de ese tipo de delincuencia.

La creación de sub-sistemas penales de excepción es bien conocida en otros países y se ha justificado con frecuencia apelando al riesgo que ciertos fenómenos delictivos entrañan para la democracia. Lo cierto es que con la excusa de combatir el terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas, el robo organizado de vehículos, las mafias y camorras de distinto signo, etcétera, se han terminado vulnerando la lógica y el sentido tanto del derecho penal sustantivo como de los procedimientos penales que deben regir en un Estado de derecho.

Así, por ejemplo, ha sido recurrente la inclusión en las leyes de procedimientos penales de las “sanciones pactadas” o de los “arreglos procesales”, que disfrazados bajo el *principio de oportunidad* han hecho de la jurisdicción penal un amplio campo de negociación entre la parte acusadora y el inculpado. En este contexto,

el destino del reo tras la imputación corre el riesgo de ser confiado, más que al juicio en el sentido propio de su responsabilidad, a un largo e incierto partido que tiene la forma de una negociación ininterrumpida con la administración de justicia: primero, con la acusación, para la rebaja de la pena legal, e inmediatamente después, con las autoridades penitenciarias y con los jueces de vigilancia, para la rebaja de la pena judicial.¹⁸⁵

IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los puntos anteriores se han referido fundamentalmente al régimen constitucional que involucra la privación de la libertad por parte de las autoridades. Es momento de analizar las demás libertades que están ya recogidas en la Constitución mexicana, pero cuya regulación puede ser mejorada. Comenzaremos por

¹⁸⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., nota 183, p. 828.

uno de los derechos de libertad más clásicos en la historia del Estado constitucional: la libertad de expresión.

La libertad de expresión está regulada actualmente en el artículo 6o. de la Constitución mexicana, 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”.

Esta regulación presenta, desde mi punto de vista, ciertos defectos, algunos provienen de lo que *efectivamente dice* y otros de lo que *no dice* y haría falta que dijera.

En relación a lo primero hay que apuntar que la redacción de la primera parte del artículo 6o. es incompleta, ya que se refiere solamente a las “inquisiciones” (este término podría ser sustituido por otro más claro y contundente) que provengan del Poder Judicial y del Ejecutivo (si por tal entendemos al sujeto al que se dirige la prohibición de las “inquisiciones administrativas”); haría falta contar con una redacción más amplia, que abarcara a todos los sujetos (públicos y privados) que pueden violar la libertad de expresión.

De la misma forma, es claramente inadecuada la enunciación de los límites a la libertad de expresión; el artículo 6o. contempla cuatro de ellos: los ataques a la moral, los derechos de tercero, la provocación de algún delito y la perturbación del orden público. Si revisamos la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha hecho de estos conceptos corroboraremos el potencial riesgo que representan para la expresión de las ideas.

Particularmente dañinas son las referencias que hace la Constitución a “la moral”, los “derechos de tercero” y la “provocación de delitos” (si bien este último término, correctamente interpretado, representa un riesgo menor).

Respecto de la moral, la jurisprudencia ha sostenido por ejemplo 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, Primera Sala, Quinta Época, t. LVI, p. 133.

Con pronunciamientos como este se comprende que México haya sido considerado por décadas como un prototipo de “Estado autoritario”. Si los jueces son los que van a entrar a determinar la pertinencia moral de alguna expresión es seguro que ninguna persona tendrá la completa seguridad de no ser objeto de persecución cuando habla o escribe. Por el contrario, dado su carácter de derecho fundamental, la libertad de expresión debe estar protegida también frente a los jueces y a las caprichosas interpretaciones que puedan hacer.

La siguiente tesis corrobora lo que se acaba de apuntar sobre los peligros que suscita la indebida redacción del artículo 6o. constitucional; se trata de un pronunciamiento 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, MC) 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.¹⁸⁶

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.

Las dificultades interpretativas del artículo 60. no son cosa del pasado, como podría pensarse; por el contrario recientemente, les han permitido a tres ministros de la Primera Sala de la Suprema

¹⁸⁶ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, volumen 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”.

Corte emitir una sentencia que ya es considerada por algunos como la peor de toda la Novena Época (iniciada, como se sabe, en 1995); se trata de la sentencia dictada en el amparo en revisión 2676/2003. En este amparo, se debatía sobre la constitucionalidad del tipo penal de “ultrajes a los símbolos nacionales” establecido en el Código Penal Federal.¹⁸⁷ En su pronunciamiento la mayoría de los ministros de la Sala decidieron la constitucionalidad del tipo penal en cuestión, ofreciendo un debate que con toda nitidez demuestra que sigue siendo peligroso en México escribir o expresarse de alguna manera que no sea muy conforme con los dictados de la mentalidad conservadora.¹⁸⁸ Para evitar que se repitan estos clamorosos atropellos de los derechos fundamentales, por desgracia avalados incluso por la máxima instancia judicial del país, es necesario poner en claro desde el propio texto constitucional los límites a que debe sujetarse la libertad de expresión.

Sobre la poca precisión de los límites actualmente establecidos por el artículo 6o., 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 ma-

¹⁸⁷ La descripción que hace el artículo de la conducta típica es la siguiente: “Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra...”.

¹⁸⁸ Los detalles del caso, de la argumentación de los ministros y su crítica pueden verse en Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Isonomía*, México, núm. 24, abril de 2006, pp. 171-186.

oría de los sistemas democráticos, pueda llegar a considerarse proscribida por los órganos del Estado mexicano...¹⁸⁹

Dicho lo anterior, la pregunta que debemos en consecuencia intentar contestar es: ¿cómo debería ser una regulación moderna de la libertad de expresión?

El derecho comparado nos ofrece algunos ejemplos de regulaciones adecuadas, cada una de las cuales tiene un diverso alcance, seguramente como resultado del contexto histórico y social en que fueron creadas. Así, por ejemplo, la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos tajantemente afirma que “El Congreso no hará ley alguna... que limite la libertad de palabra, o de prensa...”. Durante décadas, este precepto ha sido objeto de encendidos debates y la jurisprudencia ha tenido que ir pronunciándose sobre muy distintos aspectos, pues los casos sobre el tema han llegado por miles hasta los tribunales.¹⁹⁰

Otro ejemplo interesante puede verse en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo texto dispone: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.

La Constitución brasileña, en la fracción IX de su artículo 5o. establece con simplicidad, pero de forma adecuada, que: “Es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia”.

¹⁸⁹ “Libertad de expresión”, en varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2005, p. 361.

¹⁹⁰ La bibliografía sobre el tema es inabarcable; para una aproximación moderna muy completa puede verse Sunstein, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995; así como Bollinger, Lee C. y Stone, Geoffrey R. (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, Chicago, Londres, The University of Chicago Press, 2002; para las cuestiones de orden más teórico, Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, cit., nota 154.

Estos tres ejemplos que acabamos de poner, y otros que podrían citarse, no enuncian ningún tipo de límite a la libertad de expresarse. ¿Significa esto que una regulación parecida tendería a hacer de dicha libertad un imperativo absoluto, que no tuviera que ceder ante nada? La respuesta es no: la libertad de expresión, aun si de su regulación constitucional no se desprenden directamente límites, tendría que respetar siempre a los demás derechos fundamentales. Pero nada más. Por tanto, este tipo de regulaciones aparentemente “absolutistas”, tienen la ventaja de evitar que cualquier elemento que no se desprenda directa o indirectamente de algún derecho fundamental pueda ser utilizado como un límite a la libertad de expresión.¹⁹¹

Hay otros modelos de regulación que añaden elementos adicionales; por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de Chile (que tuvo que ser objeto de una importante reforma luego de la sentencia “Olmedo Bustos y otros contra Chile” que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió en el año 2001), dispone que dicha Constitución asegura:

La libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad con la ley, la que debe ser de *quorum* calificado...

Otros textos constitucionales optan por señalar algunas características que debe tener la información que se transmita mediante el ejercicio de la libertad de expresión. Tal es el caso de la Constitución Española, cuyo artículo 20 establece que se reconoce y protege el derecho “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En la misma línea la Constitución de Colombia en su artículo 20 establece que

¹⁹¹ No es posible en este momento explicitar todos los supuestos e implicaciones de una teoría de los límites de los derechos fundamentales; para una primera aproximación al tema ver el documentado trabajo de Brage, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

Cualquiera de los ejemplos que se han puesto servirían para orientar una futura reforma de la Constitución mexicana; en ninguno de ellos hay referencias a la moral o al orden público. Esto no quiere decir, sin embargo, que no pueda darse una regulación (que no es lo mismo que una limitación) de la libertad de expresión, la cual debe coexistir, como se ha dicho, con los demás derechos fundamentales.

Quizá como un elemento adicional a considerar se debería precisar, para el caso de México, que no podrá establecerse ninguna clase de “delito de opinión”, de tal manera que quede prohibida la represión penal de los delitos de injurias y calumnias. Tales conductas, desde luego reprochables, deben ser sancionadas únicamente por la vía civil, como lo sugieren diversos documentos internacionales de derechos humanos, incluyendo varios informes de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA.¹⁹² Con esta medida quedarían también prohibidas las llamadas “leyes de desacato”, que con tanta frecuencia se han utilizado en México y otros países para acallar manifestaciones disidentes que no eran del agrado del poder político o económico.¹⁹³

En el derecho comparado hay importantes pronunciamientos acerca de la amplitud que debe existir en todo Estado democráti-

¹⁹² Los cuales pueden verse en el volumen *Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José, IIDH, 2003.

¹⁹³ La prohibición de las leyes de desacato abarca no solamente la cuestión penal sino también la civil. Como sostiene la “Declaración de Chapultepec” sobre libertad de expresión: “Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público”; esta idea debe ser extendida en beneficio y protección de cualquier persona, sea o no periodista. El texto de la Declaración puede ser consultado en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH-Porrúa, 2004, pp. 381 y ss.

co para criticar a los funcionarios públicos.¹⁹⁴ Quizá el caso más conocido sobre el tema es “*New York Times versus Sullivan*”,¹⁹⁵ resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1964.¹⁹⁶

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 nueve a cero.

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

¹⁹⁴ A nivel de disposición constitucional puede citarse el caso de Guatemala, cuya carta magna dispone que: “No constituyen delito o faltas las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos”.

¹⁹⁵ La bibliografía sobre este caso es muy extensa; una buena narración se encuentra en Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 2000.

¹⁹⁶ Una traducción al castellano del texto puede consultarse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, cit.*, nota 165, pp. 304 y ss.

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.

Los planteamientos realizados por la Corte en *Sullivan* y la jurisprudencia de otros tribunales que ha inspirado deben tenerse como un punto firme al momento de despenalizar cualquier ley de desacato. La doctrina acepta el hecho de que “Las opiniones o informaciones vertidas sobre las personas o funcionarios públicos tienen un ámbito más amplio que aquellas que afectan sólo a los particulares”.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos” en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2003, p. 74. Nogueira explica que esta afirmación se basa en las siguientes consideraciones: “a) La crítica vigorosa respecto de la actuación de las autoridades o funcionarios públicos o figuras de relevancia pública es fundamental para la vigencia de las sociedades democráticas, a diferencia de los regímenes autocráticos autoritarios o totalitarios, lo que justifica desarrollar y potenciar al máximo la tolerancia y el pluralismo en materias de relevancia pública; b) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública se han convertido consciente y voluntariamente en sujetos pasivos de la observación del público, relegando a un ámbito menor su privacidad y la protección de su honor con relación a sus actividades públicas; c) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública que no están sujetos al escrutinio público y no realizan su actividad pública sujetas a reglas de transparencia y publicidad, serían fácilmente objeto de chantajes y gastos de falta de probidad que generarían un grave detrimento para el bien

Como quiera que sea, el mensaje que debe enviar una futura reforma constitucional tiene que ser claro y contundente: el derecho penal no tiene nada que hacer en el ámbito de la libertad de expresión. Cualquier vulneración realizada a través de expresiones orales o escritas que exista de los derechos fundamentales de un tercero debe ser sancionada, en su caso, a través de medios civiles únicamente.

No hace falta repetir la importancia que tiene para cualquier Estado democrático el tener bien asegurado el disfrute de la libertad de expresión.

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”, 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.

En democracia no se puede eliminar al disidente, a quien piensa de forma heterodoxa o a quien no se conforma con los valores socialmente aceptados, sino que decide ponerlos en duda, retarlos. No se le puede eliminar, sino que se le tiene que proteger y una manera de hacerlo es tutelando la libertad de expresión de acuerdo con los cánones que ya hemos expuesto. En una de las sentencias más importantes que la Suprema Corte de los Estados Unidos dictó durante todo el siglo XX, el juez Robert Jackson afirmaba con una luminosidad insuperable que

Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en

común; d) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública tienen amplias posibilidades de acceso a los medios de comunicación social para rebatir las críticas que se les formulan sobre su actividad sometida al escrutinio público”.

los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla” (sentencia *West Virginia State Board of Education versus Barnette* de 1943).

La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los modernos regímenes democráticos.¹⁹⁸ 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”.¹⁹⁹ De ahí la importancia de mejorar la redacción del artículo 6o. constitucional.

En relación con la última frase del mismo artículo, que se refiere al derecho a la información, las propuestas pertinentes se harán en el siguiente apartado, ya que se trata de un tema cercano pero distinto al de la libertad de expresión.

¹⁹⁸ Al respecto, Elster, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000. Para Carlos S. Nino, “...la libertad de expresión es necesaria tanto para la promoción del bien de la autonomía personal equitativamente distribuida, como para enriquecer el debate colectivo que es inherente al valor epistemológico de la democracia... La elección y materialización de planes de vida requiere la mayor amplitud informativa posible, el uso de instrumentos de comunicación para coordinar actividades y planes individuales, y la mayor variedad posible de expresión de ideas, actitudes estéticas, inclinaciones religiosas, etcétera”, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., nota 155, p. 262.

¹⁹⁹ Villaverde, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pp. 30 y 31.

V. DERECHO A LA INFORMACIÓN

La última frase del artículo 6o. constitucional, como ya vimos, recoge de una forma un tanto extraña y muy escueta el derecho a la información.²⁰⁰ En realidad, si atendemos solamente a la forma en que dicha frase está redactada, podemos afirmar que se trata de un derecho indeterminado, si bien es cierto que no por ello estamos frente a un derecho indeterminable.

Lo que sucede es que, en vista de la brevedad del dispositivo constitucional y, sobre todo, tomando en cuenta la historia constitucional del mismo, parece aconsejable acometer una regulación más amplia.

Una futura reforma al artículo 6o. en materia de derecho a la información debería precisar algunos aspectos que hoy en día no están presentes en el texto constitucional, el cual puede generar (y de hecho genera) más dudas que certezas. Pongamos por ejemplo las siguientes cuestiones:

- ¿Quiénes son los sujetos frente a los que el Estado debe garantizar el derecho a la información? ¿Serían solamente las autoridades o también los particulares?
- ¿Cuál es el objeto preciso de su regulación, la información pública (es decir, la que obra en poder del Estado) o también la que está en manos de personas privadas?
- ¿La información a la que se refiere el artículo 6o. es de cualquier tipo o el Estado solamente se vería comprometido a garantizar la información que posea ciertas cualidades, por ejemplo, la información que sea veraz, como sucede en algunas Constituciones de otros países?²⁰¹

²⁰⁰ Para la caracterización del mismo y su evolución en el ordenamiento jurídico mexicano, López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, TEPJF, 2005.

²⁰¹ Como ya lo vimos en el apartado anterior al analizar la libertad de expresión, la Constitución Española de 1978 exige la veracidad como componente de

— ¿El artículo 60. suministra una base constitucional suficiente para regular a los medios de comunicación?

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, conceptualmente 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 Tribunal ha señalado además que se debe distinguir cuando los medios de comunicación transmiten informaciones de cuando 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).

- ¿El deber estatal de garantía abarca la protección del derecho a la intimidad, al honor y al buen nombre?
- ¿Protege el artículo 6o. derechos reconocidos en otros ordenamientos jurídicos como el llamado *habeas data*?
- ¿Qué debemos entender por “Estado” en el contexto del artículo 6o.? ¿comprende ese término al gobierno federal solamente o incluye a los gobiernos locales? ¿también a través de ese concepto se obliga a los órganos constitucionales autónomos y, en caso afirmativo, de qué manera? ¿en qué posición queda el Poder Judicial federal dado su carácter de órgano límite dentro del sistema constitucional mexicano?

Me parece que ninguna de estas preguntas puede ser contestada tomando como referencia únicamente el texto de la última frase del artículo 6o. constitucional. Esto nos puede llevar a graves incertidumbres, ya que permite o avala situaciones bien conocidas en la historia reciente de México: por ejemplo, permitiría un desmantelamiento completo del núcleo normativo del derecho a la información, o bien un ejercicio abusivo del mismo a través de la inclusión indebida en su contenido de elementos no regulados constitucionalmente.

La primera situación no es de carácter teórico, sino que es bien conocida en nuestro país y fue lo que sucedió luego de que en 1977 se agregó en el texto constitucional la última frase del artículo 6o. A partir de entonces y hasta la expedición de la “Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental” no hubo forma alguna de hacer valer en la práctica dicho derecho ni existía una idea clara de lo que podría significar su constitucionalización para los ciudadanos,²⁰²

El requisito de que la información sea veraz aparece también, en el ámbito de América Latina, en el artículo 58 de la Constitución de Venezuela.

²⁰² Un texto pionero en la materia es el importante libro de López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Porrúa, 1984.

incluso la jurisprudencia de la Suprema Corte llegó a profundos malentendidos acerca de su significado.²⁰³

Por otro lado, la parquedad de la regulación constitucional vigente tampoco permite un juicio certero acerca de su desarrollo legislativo. Es decir, ¿con qué base podemos decidir si la regulación sobre la materia, tanto federal como local, se ajusta a lo dispuesto a la Constitución? ¿cómo podríamos construir un argumento tomado directamente del texto constitucional para considerar que tales o cuales excepciones en el acceso a la información vulneran lo dispuesto por la carta magna?

De nuevo, este tipo de cuestiones no son puramente teóricas, si atendemos a la heterogénea regulación que se ha hecho, por ejemplo, en las leyes estatales de acceso a la información, cuyo contenido demuestra con claridad la falta de comprensión del derecho de acceso a la información, pero sobre todo la necesidad de contar con un adecuado marco referencial dentro de nuestra Constitución que oriente normativamente al legislador y a los órganos judiciales.²⁰⁴

En el constitucionalismo de otros países parece advertirse una tendencia firme en el sentido de constitucionalizar el derecho de acceso a la información. Se trata de un derecho que ya aparece en 35 textos constitucionales; en 20 de ellos ha sido incorporado este derecho entre 1990 y 1996.²⁰⁵

Entre los ejemplos de otros países que quizá puedan orientar una futura reforma a la Constitución mexicana,²⁰⁶ figuran el artículo 32 de la Constitución de Bélgica cuyo texto señala: “Toda persona tiene derecho a consultar documentos administrativos y a que se le suministre copia, salvo en los supuestos y con los requi-

²⁰³ Una revisión de los pronunciamientos más importantes puede verse en López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 200, pp. 34 y ss.

²⁰⁴ En el libro de Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003, pp. 243 y ss. puede verse la regulación que hicieron algunas entidades federativas sobre el tema.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. XXXVI.

²⁰⁶ Los que se citan a continuación y otros más pueden verse en *ibidem*, pp. XXXVI y ss.

sitos previstos por la ley, el decreto o la disposición prevista en el artículo 134”.²⁰⁷ La Constitución brasileña establece en su artículo 5o. fracción XXXIII que

Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitadas en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y el Estado.

La Constitución colombiana de 1991 dispone que “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley” (artículo 74). La Constitución de Guatemala de 1985 ordena en su artículo 30 que

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

La Constitución de Sudáfrica de 1996 dispone que “Toda persona tiene el derecho de acceso a: 1) cualquier información en poder del Estado, y 2) cualquier información en poder de otras personas, que sea requerida para el ejercicio o la protección de cualquier derecho”.

De acuerdo a los ejemplos citados y lo que se ha dicho en los párrafos precedentes, la constitucionalización del derecho de acceso a la información debería tomar en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:²⁰⁸

²⁰⁷ El artículo 134 de la misma Constitución se refiere a normas que pueden adoptar las regiones en el marco de sus competencias.

²⁰⁸ Seguimos la exposición que sobre los principios democráticos que debe tener cualquier ley de acceso a la información realiza Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, cit.*, nota 202, pp. LIV y ss. Que todos estos principios o solamente algunos deban incorporarse al texto

a) Legitimación activa, es decir, quién puede pedir información; en este punto se debe establecer la legitimación más amplia que sea posible, sin restricción alguna.

b) Ámbito de aplicación del derecho; en este caso convendría precisar que el derecho tiene como sujetos pasivos a todos los órganos del Estado mexicano, con independencia del nivel de gobierno al que pertenezcan o del grado de autonomía que tengan.

c) Gratuidad en el ejercicio del derecho; los costos que se deben cargar a los particulares al momento de ejercer el derecho no deben exceder del costo del material en el que la información se reproduce. Este aspecto es importante ya que alguna legislación (o incluso alguna determinación administrativa) puede hacer nugatorio el derecho en la práctica a través del establecimiento de un costo injustificado por reproducir la información que está pidiendo un particular (por desgracia, tampoco es un supuesto teórico, ya que se ha presentado en alguna entidad federativa de México).

d) Deber de publicidad del Estado, es decir, la obligación que tienen los órganos del Estado de poner a disposición de cualquier persona determinadas informaciones aunque nadie las pida (se trata de algo semejante a lo que actualmente establece el artículo 7o. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental).

e) Antiformalismo y celeridad del procedimiento. Se debe señalar que la persona solicitante no está obligada a acreditar su personalidad ni el motivo por el que solicita determinada información, ni mucho menos se debe pedir la invocación del ordenamiento jurídico que lo legitima para ello. Además, convendría precisar un plazo determinado en el que los órganos públicos deben contestar a las solicitudes de información.

constitucional es una decisión de política legislativa; dado el carácter propositivo de este libro, he preferido mencionar todos los principios, a fin de que el lector tenga un panorama más completo de lo que podría llegar a incorporarse en una futura reforma constitucional. Una discusión más amplia sobre el tema puede verse en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y constitución: propuestas para un debate necesario*, México, UNAM, IFAI, 2006.

f) Autoridad reguladora independiente. Quizá convendría establecer, de forma semejante a lo que sucede con los organismos encargados de la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos (los *ombudsmen*), un sistema federal y local de organismos autónomos que serían las autoridades en la materia. En este caso habría que precisar (probablemente no en el artículo 6o.), la relación que guardarían estos órganos con los demás poderes del Estado, sobre todo con el Poder Judicial, tanto federal como local.

g) Principio de prueba del daño y presunción de publicidad; de acuerdo con estos dos principios, toda información solicitada debe darse a menos que la autoridad pueda comprobar fehacientemente que su conocimiento público causaría un daño a un bien, valor o derecho de rango constitucional, por lo tanto, rige siempre y en cualquier caso la presunción de que la información en poder del Estado que un particular solicita es pública y, en consecuencia, debe ser entregada al solicitante.

h) Información reservada e información confidencial; se debería precisar qué tipo de información puede ser considerada como reservada y cuál podría ser incluso confidencial. En el caso de la información reservada habría que determinar el plazo máximo durante el que se podría mantener esa clasificación.

En consecuencia con lo anterior se puede afirmar que la idea de expandir el contenido normativo del derecho a la información, o mejor aun, la idea de constitucionalizar directamente y de forma amplia el derecho “de acceso” a la información,²⁰⁹ no es una cuestión puramente teórica, sino que sería una excelente oportunidad para aclarar algunas de las dudas que se han planteado a lo largo del presente apartado. Pero además sería el momento oportuno para poner de manifiesto que el Estado mexicano (no un gobierno, una administración o un determinado grupo de funcionarios), tiene un firme compromiso de largo plazo y de amplio aliento en la materia.

²⁰⁹ Sobre las diferencias entre el “derecho a la información” (que es el término genérico) y el “derecho de acceso a la información” (que es una de sus especies), Carbonell, *Los derechos fundamentales en México, cit.*, nota 134, pp. 597 y ss.

Recordemos que la transparencia y el derecho a la información son un buen antídoto para la consolidada tendencia de los poderes públicos hacia la opacidad, por no decir la clandestinidad. El secreto ha sido el terreno normal de actuación de los poderes públicos, en México y en otros países. Ha sido Norberto Bobbio quien nos ha recordado la conocida frase de Elías Canetti sobre la relación entre el poder (de cualquier signo) y el secreto.²¹⁰ Escribe Canetti en su obra *Masa y poder* que

El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro. ... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...²¹¹

VI. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LIBERTAD DE PRENSA

Un tema estrechamente relacionado con la libertad de expresión lo constituye el que se refiere a los medios de comunicación. La regulación tradicional de los mismos en los textos constitucionales solía darse a través de la llamada “libertad de prensa”. En México tal libertad está regulada por el artículo 7o. constitucional. Tal co-

²¹⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 431.

²¹¹ Canetti, Elías, *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000, pp. 304, 306 y 307.

mo acontece con el artículo 6o. que ya analizamos, también el artículo 7o. presenta problemas tanto por lo que dice como por lo que hace falta que diga. Su texto 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 expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

1. *Límites*

Respecto de los problemas que suscita el contenido del artículo 7o. hay que señalar de nuevo la impertinencia de los límites establecidos por la Constitución a la libertad de prensa. Actualmente tales límites son el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Respecto de la moral remitimos al lector a lo dicho en un apartado anterior, dedicado a la libertad de expresión. El concepto de paz pública tampoco parece fácil de aprehender y puede prestarse a abusos hermenéuticos por parte de una judicatura poco progresista.

La paz pública se ha confundido en muchas ocasiones con el concepto de “orden público” y ambos términos se han utilizado como sinónimos. La vaguedad de una y otro 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.

La vida privada, por el contrario, sí que es una limitación razonable y de hecho existe en muchos países. No abundaremos ahora en su importancia, ya que posteriormente dedicaremos un apartado a defender la necesidad de incluir en la Constitución un “derecho a la privacidad” o a la intimidad, que eventualmente podría servir como un límite a las libertades de expresión y de imprenta. Lo importante por el momento es que debe quedar claro que las limitaciones que existen en la actualidad en el artículo 7o. no son adecuadas para un Estado democrático. 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.²¹²

De nuevo es el derecho comparado el que nos puede suministrar ejemplos de cómo podría ser una futura regulación de los lí-

²¹² Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2002, p. 191.

mites a la libertad de prensa. Tal es el caso de la Constitución española de 1978 que en su artículo 20 establece 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.

También puede ser interesante la Constitución alemana de 1949, que establece en su artículo 5o. que

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 preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.²¹³

Una regulación muy precisa de la libertad de prensa se encuentra 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 ele-

²¹³ Otros ejemplos, referidos a Constituciones latinoamericanas, en Villanueva, *Derecho mexicano de la información, op. cit.*, nota 204, pp. 19 y 20.

gir consejos de redacción; c) El derecho de fundar periódicos y cualesquiera otras publicaciones, sin autorización administrativa, caución o habilitación previa...

Ahora bien, con respecto a lo que debería contener una regulación moderna de la libertad de prensa en México (entendiendo por prensa, en sentido amplio, cualquier medio de comunicación), deben señalarse al menos los siguientes aspectos:

- a) la determinación del pluralismo mediático;
- b) la cláusula de conciencia de los comunicadores;
- c) el secreto profesional;
- d) la neutralidad del Estado frente a los medios de comunicación; y
- e) el derecho de réplica o rectificación, al que nos referiremos con más detalle en un apartado posterior.

Apuntemos brevemente algunas cuestiones sobre los temas señalados en los cuatro primeros incisos.

2. *Pluralismo mediático*

Respecto del pluralismo mediático una futura reforma constitucional deberá decidirse por una alternativa: o señalar escuetamente el derecho de toda persona a crear medios de comunicación o bien emprender una regulación más minuciosa de forma que se precisen algunas cuestiones importantes dirigidas en concreto a asegurar dicho pluralismo.²¹⁴

Una regulación amplia debería asumir al menos las siguientes cuestiones:

- a) la creación de una televisión y una radio públicas, que informen sobre cuestiones de interés general, con total imparcialidad y objetividad;

²¹⁴ Algunos textos constitucionales mencionan expresamente al pluralismo informativo, pero sin definirlo en toda su extensión. Tal es el caso del artículo 27 párrafo segundo de la Constitución de Paraguay.

b) la creación de un “Consejo de lo Audiovisual” que se constituya como un órgano constitucional autónomo y cuyos integrantes sean electos por las Cámaras del Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo federal. Este Consejo tendría como funciones la asignación de las frecuencias radiales y televisivas y la regulación de los medios —incluyendo los públicos—, así como la administración de los tiempos que tendría reservados el Estado.²¹⁵ Pudiera servir de ejemplo para una reforma constitucional en México la Constitución de Colombia, la cual señala que “La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio” (artículo 76). También puede ser de interés el artículo 39 de la Constitución de Portugal, la cual crea una “Alta Autoridad para la Comunicación Social”, y el artículo 224 de la Constitución de Brasil, que establece el “Consejo de Comunicación Social” como un órgano auxiliar del Congreso Nacional, y

c) garantizar el acceso a los medios masivos de comunicación, en términos de absoluta igualdad respecto del gobierno, a los partidos de oposición para que puedan dar a conocer sus propias propuestas y, en su caso, desmentir o cuestionar las informaciones que se generen desde los poderes públicos.²¹⁶

²¹⁵ En el mismo sentido, Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; Villanueva, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000. En Francia se ha desarrollado con buen éxito la institución del “Consejo Superior de la Audiovisual”, que es el modelo en el que suelen inspirarse la mayoría de las propuestas en ese sentido; sobre el punto Rallo Lombarte, Artemi, “La garantía del pluralismo informativo en Francia: el *Conseil Supérieur de l’audiovisuel*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 93 y ss.

²¹⁶ Sobre este aspecto Carlos S. Nino apunta que la igualdad en el acceso a los medios determina tanto la distribución equitativa de la autonomía personal (de los individuos hacia los propios medios), como la amplitud del debate democrático

Sobre este último punto, hay que recordar que el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa dispone que

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

Una regulación semejante se encuentra en el artículo 20.3 de la Constitución española de 1978 cuyo texto establece que

La ley regulará 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.²¹⁷

La Constitución de Colombia, en relación al pluralismo mediático, señala que

El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado... Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético (artículo 75).

La Declaración de Chapultepec que ya hemos citado contiene también una mención sobre el tema de la pluralidad mediática. En su párrafo 12 señala que

(por lo que hace a los grupos sociales y a los partidos políticos); *Fundamentos de derecho constitucional, op. cit.*, nota 155, p. 263.

²¹⁷ Véase también, para otro modelo de redacción de un precepto parecido, el artículo 112 de la Constitución de Colombia.

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.

Recordemos finalmente que el pluralismo mediático puede tener, como lo explica 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.²¹⁸

El pluralismo mediático, 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”.²¹⁹

Como marco analítico contextual debemos tener presente, al proponer la regulación “pluralista” de los medios de comunicación, que la lógica del mercado —librada a su propio desarrollo— no es la más adecuada, sino que debe ser balanceada o corregida por puntuales intervenciones del Estado. Carlos S. Nino nos recuerda las razones por las que el mercado tiene deficiencias notorias para proveer de oportunidades equitativas de expresión para todos los miembros de una comunidad política;²²⁰ entre dichas ra-

²¹⁸ “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*, cit., nota 197.

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., nota 153, p. 264.

zones, Nino apunta que el mercado puede tener un funcionamiento imperfecto debido a la presencia de monopolios u oligopolios, los cuales encuentran ventajas tanto en la escasez de los recursos disponibles (hasta hace poco esto se traducía en la escasez de frecuencias de radio y televisión), como por el alto costo que supone la creación de los medios impresos y audiovisuales. Además, el mercado no es neutral respecto de las preferencias, sino que tiende a estimular algunas de ellas, por ejemplo a través de la publicidad; esto puede incidir en que quien tenga más recursos determine o influya en las preferencias de los demás, poniendo en riesgo la autonomía individual.

La misma Declaración de Chapultepec 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.

Convendría, en este sentido, contar con una declaración constitucional expresa sobre la neutralidad del Estado frente a los medios de comunicación.

3. *Cláusula de conciencia y secreto profesional*

La libertad de prensa debe incluir la llamada “cláusula de conciencia” de los periodistas y el acceso de estos a la dirección editorial de los medios en los que trabajen; también debe garantizarse el secreto profesional de los informadores.²²¹ Aunque para efecto de una posible reforma constitucional bastaría con mencionar su existencia, deben tenerse presente unas definiciones o conceptos mínimos de los dos elementos mencionados. Siguiendo la propuesta que hace Jorge Carpizo, por cláusula de conciencia puede entenderse

la facultad que tiene el comunicador de rescindir su relación jurídica con la empresa informativa y recibir una indemnización equivalente cuando menos a la de despido por voluntad de aquélla, en los casos en que la empresa afecte la reputación, la dignidad moral o el honor del comunicador”.²²²

Por su parte, el secreto profesional de los informadores puede ser definido como “el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información, a su empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales.”²²³

Tanto la cláusula de conciencia como el secreto profesional son elementos instrumentales al servicio del derecho a la informa-

²²¹ Al respecto, véanse los artículos 20.1 inciso D de la Constitución española y 5o. fracción XIV de la Constitución brasileña.

²²² Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la cláusula de conciencia de los comunicadores” en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, cit., nota 197, pp. 482 y 483.

²²³ Se trata de una definición adoptada en 1974 por el Consejo de Europa y que ha generado un cierto consenso de la doctrina en su favor. Está citada en Carrillo, Marc, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores” en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, cit., nota 195, p. 418. Otros conceptos pueden verse en Cáceres, Enrique, “El secreto profesional de los periodistas”, en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, cit., nota 195, pp. 455-457.

ción en su vertiente de derecho social. Concretamente, son herramientas que contribuyen a que la sociedad tenga información veraz y a que los periodistas sepan que por encima de los eventuales intereses económicos de la empresa para la que trabajan hay ciertos principios a los que no deben renunciar. Marc Carrillo, haciendo referencia a ambas instituciones, señala que

De su pleno reconocimiento y eficaz ejercicio en el seno de la empresa de comunicación (cláusula de conciencia) y, frente a los poderes públicos, en especial frente al Poder Judicial (secreto profesional) depende que el derecho a la información se configure como una auténtica garantía de una opinión pública libre.²²⁴

No debe pensar el lector que se trata de instituciones nuevas, puesto que en realidad tienen más de un siglo de existencia, si bien su proceso de “constitucionalización” toma fuerza en la segunda mitad del siglo XX.²²⁵

En el derecho comparado existen algunos ejemplos sobre la forma en que se podrían regular en la Constitución mexicana las figuras que estamos analizando. Es el caso, de nuevo, de la Constitución portuguesa, en cuyo artículo 38 se señala, entre otras cuestiones, lo siguiente en referencia a varios temas de la libertad de prensa:

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.

²²⁴ Carrillo, Marc, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, *cit.*, nota 221, p. 401.

²²⁵ Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la cláusula de conciencia de los comunicadores”, *cit.*, nota 195, pp. 481 y 482.

b) El derecho de los periodistas, según lo dispuesto por 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 a fundar periódicos y cualesquiera otras publicaciones, sin autorización administrativa, caución o habilitación previa...

4. El Estado asegurará la libertad y la independencia de los órganos de comunicación social frente al poder político y al poder económico, imponiendo el principio de especialidad de las empresas titulares de órganos de información general, tratándolas y apoyándolas de forma no discriminatoria e impidiendo su concentración, especialmente mediante participaciones múltiples o cruzadas.

En la Constitución Española (artículo 20 inciso D), simplemente se regula la cláusula de conciencia y el secreto profesional a través de su mención y de la remisión a una ley para su desarrollo. La Constitución de Brasil ordena lo siguiente: “Queda garantizado a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional” (artículo 5o., fracción XIV); es interesante también el artículo 29 de la Constitución de Paraguay, que en su primer párrafo señala: “Los periodistas de los medios masivos de comunicación, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar en contra de los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información”.

La protección del secreto profesional de los comunicadores no tiene un interés meramente teórico; en México las autoridades ministeriales han presionado a periodistas para que revelen sus fuentes. El problema es de tal gravedad que ha ameritado una Recomendación General de la CNDH (la número 7, del 9 de agosto de 2004, “Sobre las violaciones a la libertad de expresión de periodistas o comunicadores”). De ahí la importancia de proteger el secreto profesional desde el propio texto de la Constitución.

Para terminar este apartado debe apuntarse que la libertad de los medios de comunicación implica, entre otras cuestiones, que no se necesitarán licencia o permiso previos para fundar un medio, sea del tipo que sea, tal como lo indica la Constitución portuguesa en su

artículo 38. En el caso de aquellos medios que ocupen el espacio radioeléctrico, se deberán atender solamente los requerimientos técnicos necesarios para acomodar las distintas frecuencias asignadas a cada medio.²²⁶

VII. DERECHO DE RÉPLICA

Los medios de comunicación tienen en la actualidad un gran poder. Frente a ellos a veces el ciudadano queda en ocasiones inerme. Pueden destruir la honra, la privacidad y el honor de cualquiera en pocos segundos (o en pocos renglones, si se trata de un medio impreso). La lógica del Estado constitucional nos indica que todos los poderes (no solamente los públicos) deben estar sometidos a algún sistema de *checks and balances*, por un lado, y que los derechos fundamentales deben ser oponibles en cierta medida tanto a las autoridades como a los particulares, tal como ya quedó expuesto en el capítulo primero de este libro.

En este sentido, conviene crear herramientas a nivel constitucional que sirvan para “nivelar” el enorme poder de los medios con algún otro poder que esté en manos de los particulares. Una de esas herramientas, bien conocida en el derecho comparado, es el derecho de réplica o rectificación. En México este derecho no está constitucionalizado.

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.²²⁷ Badeni entiende el derecho de réplica como

²²⁶ Sobre la libertad de crear medios de comunicación ver Bastida, Francisco J., *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990.

²²⁷ Otro concepto puede verse en Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *A-*

...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, réplica o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal 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.²²⁸

Cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí reconoce el derecho de réplica; en su artículo 14 se dispone que

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y, que se dirigen al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido...

El mismo derecho ha sido objeto de una interesante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que vale la pena remitirse para comprender los alcances del artículo que se acaba de transcribir así como los significados y consecuencias del derecho en cuestión.²²⁹

nuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Buenos Aires, 2001, p. 162. En general sobre el tema, Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa, cit.*, nota 212, pp. 291 y ss.

²²⁸ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa, cit.*, nota 212, p. 298.

²²⁹ Se trata de la opinión consultiva 7/86 de la Corte, consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. II, *cit.*, nota 16, pp. 825-868. 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

La Constitución de Chile, en su artículo 19, reconoce el derecho de réplica, en los siguientes términos:

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

La Constitución de Venezuela, por su parte, determina que “Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes” (artículo 58). La Constitución de Brasil establece de forma breve que “Queda asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen” (artículo 5o., fracción V). La Constitución de Ecuador dispone en su artículo 19: “Toda persona que fuera afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente de forma gratuita”.

Tomando en cuenta los elementos de los textos constitucionales citados, podría intentarse una reforma a la Constitución mexicana para incluir el mencionado derecho de réplica o rectificación.

VIII. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

Algunos de los derechos que acabamos de analizar tienen como objetivo fundamental alcanzar un cierto equilibrio de poder a favor de las personas que son simples particulares; por ejemplo, el

una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los organismos de protección por ella previstos” (párrafo 28).

derecho de réplica intenta equilibrar el enorme poder de los medios de comunicación con el escaso o nulo poder que el resto de las personas tiene frente a ellos. El derecho de réplica es, finalmente, un instrumento de defensa que los particulares oponen a los medios. Lo mismo ocurre con el derecho de acceso a la información, que tiende a equilibrar el poder que suministra el contar con determinada información. El Estado a través de sus distintos órganos está en posesión de un enorme caudal de información de todas las personas que se encuentran en su territorio (o, al menos, de una gran parte de ellas); lo que permite el derecho de acceso a la información es que los particulares también tengan información acerca del Estado, de sus funcionarios y del desempeño que tienen (por ejemplo sobre la forma en que utilizan los recursos públicos). Pues bien, el derecho a la intimidad personal y familiar tiene propósitos semejantes,²³⁰ ya que tiende a poner a los individuos a salvo de las permanentes intrusiones en su vida privada que pueden ser perpetradas ya sea por otros individuos (y destacadamente por los medios de comunicación) o por el propio Estado.²³¹

²³⁰ Una explicación del contenido de este derecho puede encontrarse en Carbo-nell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, cit.*, nota 134, pp. 449 y ss.

²³¹ 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 aun puede ser más peligroso— 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 extra-judiciales, 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

La protección de la intimidad tiene gran importancia en nuestros días, ya que la mencionada capacidad de intrusión en nuestros ámbitos más íntimos se ha incrementado sustancialmente como resultado del desarrollo tecnológico. De hecho, se puede observar una tendencia creciente hacia la protección constitucional del derecho de la intimidad precisamente como una respuesta a las crecientes amenazas hacia ese bien jurídico. Incluso más: del derecho a la intimidad derivan otros derechos, como el derecho al honor, los cuales van “especificando” ámbitos de protección de la persona frente a los poderes públicos y privados.

Las posibilidades interpretativas que ofrecen este tipo de 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 hacerlos valer en algunos casos concretos.

El Tribunal Constitucional español ha explorado en varias de sus sentencias el contenido del derecho al honor y a la intimidad. Así, por ejemplo, el derecho al honor 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 por ejemplo el “prestigio profesional”.²³²

El derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los de-

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.

²³² Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, México, enero-abril de 2000, p. 105.

más, necesario para mantener una calidad mínima de vida. Dicho ámbito puede ser más o menos amplio según se trate de personas públicas o privadas, e incluso si, dentro de las primeras, se trata de personajes con relevancia pública o personas que ostentan cargos públicos. En este último supuesto el ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.²³³ Para el mencionado Tribunal Constitucional,

El derecho a la intimidad... tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida... no (se) garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público... (se) garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares 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...

Si observamos el desarrollo que el derecho a la intimidad ha tenido en otros ordenamientos nos daremos cuenta que no en todos los casos ha sido constitucionalizado. O mejor dicho, no en todos los casos existe una norma clara que lo contenga, sino que se ha llegado a derivar de los textos constitucionales por medio de pronunciamientos jurisprudenciales. Esto es lo que ha sucedido en Estados Unidos, donde varias sentencias de la Corte Suprema han ido perfilando el derecho a la intimidad, por ejemplo para el caso de que una mujer pueda adquirir legalmente cualquier sistema de anticoncepción o incluso para que pueda inte-

²³³ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

rumpir voluntariamente su embarazo. En estos dos casos la Corte entendió que la protección constitucional derivaba precisamente del derecho a la intimidad. El primero de esos casos es *Griswold vs. Connecticut*, mientras que en el segundo caso se trata de *Roe vs. Wade*.

En el caso *Griswold* 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, del año 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”.²³⁴

En el caso “*Roe vs. Wade*”, 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 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.²³⁵

²³⁴ Un análisis más detenido del caso puede verse en Johnson, John W., *Griswold v. Connecticut. Birth Control and the Right of Privacy*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005.

²³⁵ Para conocer más sobre el caso y sobre el debate generado a partir de su emisión puede verse Tribe, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992.

En otros países el derecho a la intimidad aparece claramente establecido. Tal es el caso de España, que lo recoge en el artículo 18 de su Constitución.²³⁶ En América Latina lo encontramos, por citar solamente un ejemplo, en el artículo 60 de la Constitución venezolana de 1999.

En el derecho internacional de los derechos humanos encontramos el derecho a la intimidad 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.

Para una futura reforma constitucional en la materia, lo ideal sería quizá recoger un enunciado más o menos amplio (parecido al de la Declaración de 1948) y dejar que el desarrollo teórico y jurisprudencial le vayan dando contenido concreto. Una regulación de este tipo tendría la ventaja de permitir abarcar la enorme casuística que se presenta alrededor del derecho a la intimidad, tal como lo demuestra el derecho comparado.²³⁷

De lo que no cabe duda es de que respecto de este derecho, la Constitución mexicana tiene una carencia importante que habrá que suplir tan pronto como sea posible. La protección de la intimidad también tiene que ver, de forma directa, con la autonomía personal y familiar. Por eso es que se ha constituido como un bien jurídico tutelado en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Como una especie del derecho a la privacidad, algunos textos constitucionales protegen los datos de carácter personal. A partir

²³⁶ Un análisis del significado de este artículo, con una excelente selección jurisprudencial, puede verse en Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002.

²³⁷ Para un buen panorama de casos *idem*.

de dicha protección, los interesados puedan tener acceso y consultar bases de datos que contengan información sobre su persona o sobre sus bienes. Incluso se han creado mecanismos de garantía para vigilar la corrección en el contenido y en el uso que se da a los datos personales; a estos mecanismos se les suele conocer como “habeas data”. Un posible ejemplo para una futura reforma constitucional en México sobre el tema puede encontrarse en el artículo 16 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el cual establece que:

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

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

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística.²³⁸

IX. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBERTAD DE CULTO

Cualquier reflexión sobre la libertad de conciencia y de culto debe partir de una premisa difícilmente refutable: el Estado mexicano es un Estado laico y por muchas razones (de orden histórico, político, social) no tiene ningún sentido plantear algún cambio sobre este punto. Por tanto, las cuestiones religiosas quedan reservadas al ámbito de lo privado y de lo público no estatal. Los órganos del Estado y las políticas públicas que desarrollan deben mantenerse por completo ajenos a cualquier credo religioso, y deben abstenerse totalmente de apoyar de la forma que sea a los creyentes de una determinada religión.

²³⁸ Véase también el artículo 5o. fracción LXXII de la Constitución brasileña.

Tomando lo anterior como punto de partida, lo cierto es que el reconocimiento constitucional que tenemos en México sobre la libertad de conciencia y la libertad de culto puede ser mejorado.²³⁹ Actualmente el artículo 24 de la Constitución dispone:²⁴⁰

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.

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.

No hace falta abundar en este momento en la importancia que tiene la libertad religiosa para la realización del principio de autonomía individual;²⁴¹ basta decir que se trata de una de las primeras libertades que se instauraron en el nacimiento del Estado constitucional, pues en el antiguo régimen era frecuente el control de los individuos por medio del control sobre su fe religiosa.

En concreto, para el caso mexicano creo que sería posible plantear dos cuestiones: el reconocimiento constitucional de la obje-

²³⁹ Para una primera aproximación al tema, Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (Un ensayo)*, México, Porrúa-CNDH, 2001.

²⁴⁰ Para la comprensión completa de la regulación que hace el texto constitucional en materia religiosa es conveniente acudir también al artículo 130.

²⁴¹ Al respecto Carlos S. Nino afirma: “Es claro que la libertad para profesar cualquier creencia y, en especial, la de adherir a cualquier culto religioso o no adherir a ninguno es una derivación central del principio de autonomía de la persona. Una particular visión religiosa o secular de la vida y del cosmos constituye un aspecto central de la mayor parte de las concepciones del bien, por lo que la libertad para elegir y materializar tales concepciones y los planes de vida basados en ellas no puede sino incluir, esencialmente, la libertad para profesar o no y practicar o no absolutamente cualquier culto religioso”, *Fundamentos de derecho constitucional, cit.*, nota 155, pp. 280 y 281.

ción de conciencia y la ampliación del ámbito tutelado por el derecho de libertad religiosa.

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. La objeción de conciencia se desprende de la libertad de conciencia y religiosa; su contenido consiste —dice Carlos S. Nino— en

la posibilidad de objetar deberes o restricciones impuestos por las leyes, cuando la materialización de esos deberes llevaría a los individuos a desviarse seriamente de la concepción del bien elegido o del ideal religioso al que el individuo adhiere. Esa objeción de conciencia debe tener éxito en justificar una excepción a la obligación o restricción en cuestión cuando ella tiene una fundamentación perfeccionista y está dirigida a imponer una concepción del bien o de la trascendencia personal que el individuo no comparte.²⁴²

En muchos países la objeción de conciencia se ha aplicado, por ejemplo, para eximir a ciertas personas del cumplimiento del servicio militar.²⁴³

En México, actualmente, 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 simplista y además, bajo determinadas circunstancias, puede resultar inconstitucional, por ejemplo si un deber legal

²⁴² *Ibidem*, pp. 282 y 283.

²⁴³ Véase, por ejemplo, Cámara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.

afecta o restringe el contenido de la libertad consagrada en el artículo 24 constitucional.

En la práctica se han presentado algunos casos muy llamativos de colisión entre deberes legales y convicciones religiosas. Quizá el más conocido es el de los menores de edad que acuden a escuelas públicas y que se niegan a cumplir con el deber de saludar a los símbolos patrios porque su religión (son Testigos de Jehová) se los impide.²⁴⁴ En casos como este (y seguramente en otros), la

²⁴⁴ 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. El problema es de tal gravedad que a mediados de mayo del año 2003 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió una muy relevante Recomendación General, la número 5/2003, sobre el asunto de “la discriminación en las escuelas por motivos religiosos”. 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 pre-escolar, 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.

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 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 señala 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

Constitución debería preservar la integridad de las creencias individuales, sean de carácter religioso o no, a través del reconocimiento de la objeción de conciencia.

Por lo que hace a la ampliación del ámbito constitucionalmente tutelado para la libertad religiosa, una futura reforma en México podría tomar como ejemplo a la Constitución brasileña. El artículo 5o. de dicha Constitución 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 texto ya establece, por ejemplo, la asistencia religiosa en lugares de reclusión o de internamiento colectivo (pueden ser in-

camino más corto para convertir la diferencia en un conflicto político o social". 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 a 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 todavía se producen en al menos 12 estados de la república; en el ciclo escolar 1999-2000 todavía se adoptaron medidas sancionadoras por este tema, mismas que afectaron a más de 200 niños. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió desde junio de 1991 hasta marzo de 2003, 1,110 quejas sobre el tema.

Para una aproximación más amplia al tema, ver 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*, núm. 117, México, abril de 2000, pp. 7 y ss.

cluso los hospitales); en estos establecimientos los creyentes de determinada religión pueden necesitar asistencia espiritual, la que se les debería proporcionar por mandato de la Constitución, como sucede con el caso brasileño que se ha puesto como ejemplo.

Ahora bien, si quisiéramos contar con una regulación constitucional completa de la libertad religiosa quizá deberíamos atender lo que dispone 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 1981.²⁴⁵ Conforme a ese precepto, la libertad religiosa comprende las libertades siguientes:

A) 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);

B) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas (inciso b);

C) 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);

D) 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;

E) 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 alcances del Estado laico y sobre lo que falta por conseguir en materia de libertad religiosa en

²⁴⁵ Consultable en Carbonell, Miguel (revisión y actualización), *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, México, Porrúa, 2004, pp. 79 y ss.

el país. Desde mi punto de vista la escuela pública debe mantenerse por completo ajena a cualquier enseñanza religiosa, tal como lo establece el artículo 3o. constitucional. Hay que recordar que, como lo señala Will 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 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.²⁴⁶

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.²⁴⁷

Argumentos parecidos a los de Kymlicka (con quien comparte las mismas posiciones liberales), son expuestos por Carlos S. Niño, quien comienza por subrayar la importancia de la educación como derecho fundamental en la configuración de la autonomía

²⁴⁶ Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 356.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 363.

personal del niño.²⁴⁸ Ahora bien, dicha autonomía personal sirve para limitar las decisiones que sobre asuntos educativos pueden tomar los padres, ya que según Nino,

...la autoridad de los padres en materia educativa, que es exigida por su propia autonomía y por lo que es causalmente conducente, en general, a un mejor desarrollo de la autonomía del niño, aun cuando inevitablemente conlleva a cierta inducción a favor de ciertos ideales del bien personal y social sobre otros, debe combinarse con la autoridad del Estado democrático para proveer los elementos neutrales que permitan al futuro hombre adulto y ciudadano el más libre ejercicio de su autonomía y de su participación en el proceso democrático.²⁴⁹

El mismo Nino, citando a Amy Gutmann, señala que el Estado debe guiarse por tres principios para lograr una educación democrática: I) la educación debe proveer la capacidad para participar efectivamente en el proceso democrático; II) ningún niño educable debe ser excluido de una educación adecuada para participar en el proceso político que estructura la elección entre vidas buenas; y III) ni el Estado ni ningún grupo pueden utilizar la educación para restringir la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida y de la buena sociedad.²⁵⁰ Por estas razones Nino concluye que el derecho de los niños a recibir una educación democrática está por encima del derecho de los padres al ejercicio religioso.²⁵¹

²⁴⁸ “Está claro que el acceso a la educación tiene una prioridad particular respecto del valor de la autonomía personal. Por un lado, la educación es esencial para la posibilidad de *elegir* libremente planes de vida e ideales del bien. Por el otro lado, una determinada educación es necesaria para *materializar* el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. Además, la educación de la población es conducente al adecuado funcionamiento del proceso democrático, sobre todo cuando éste es justificado sobre la base de su valor epistemológico, lo que requiere conocimiento de hechos relevantes, de los intereses en pugna y de las posibilidades morales de combinar esos intereses”, *Fundamentos de derecho constitucional, cit.*, nota 155, p. 293.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 295.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 296.

Lo importante para nuestro objeto de estudio es que también los principios señalados pueden fundamentar la necesidad de que las escuelas públicas en México permanezcan ajenas a cualquier tipo de enseñanza religiosa.

F) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones (inciso f); desde luego, entre las “instituciones” mencionadas no podría estar el Estado mexicano, debido precisamente a su carácter laico y por tanto ajeno a cualquier entidad o credo religioso.

G) 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 auto-organizarse, lo que a su vez implica precisamente la posibilidad de nombrar a sus dirigentes.

H) 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.

I) 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 supra-nacionales 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.

Desde luego, el texto constitucional no tendría que recoger todos y cada uno de los aspectos señalados, pero podría precisar algunos de ellos, lo cual mejoraría la redacción escueta y poco afortunada que actualmente tiene nuestro artículo 24 de la carta suprema.

X. PROPUESTAS

A la luz de los apartados que conforman el presente capítulo, las propuestas concretas de reforma constitucional que se pueden hacer sobre los derechos de libertad (y sobre cuyo fundamento se ha abundado en las páginas precedentes) son las siguientes:

1. Definir constitucionalmente lo que debe entenderse por flagrancia y prohibir cualquier regulación que no se ajuste a ese concepto, en particular la llamada *quasi*-flagrancia.

2. Reforzar la “reserva de jurisdicción” para todos los casos de privaciones de la libertad que no sean simples arrestos y que no se ubiquen dentro del concepto de flagrancia.

3. Prohibir la “retención” ante el Ministerio Público (derogando la figura prevista actualmente en el artículo 16 constitucional), o permitiéndola solamente bajo estricta supervisión judicial; de la misma forma, se debe prohibir el arraigo.

4. Disponer la obligación de cualquier autoridad que practique una detención de dar a conocer al detenido sus derechos, de forma clara, comprensible y completa. Desde luego, se trataría solamente de los derechos que lo asisten en su carácter de detenido, no de todo

el catálogo previsto por la Constitución y por los tratados internacionales.

5. Establecer con precisión la responsabilidad patrimonial del Estado (y el consiguiente deber de indemnización) para todos los casos de detenciones arbitrarias, ilegales o indebidas.

6. Establecer expresamente la presunción de inocencia.

7. Precisar los supuestos en que se podrá ordenar la prisión preventiva, impidiendo que el legislador ordinario (sea federal, sea local) tenga completa libertad para legislar en la materia.

8. Disponer una reserva de código penal para que toda regulación privativa de la libertad (con excepción de los arrestos administrativos) o que contenga descripciones normativas de tipos penales, esté contenida solamente en ese código, el cual deberá contar con una mayoría calificada en el Congreso si se le quiere hacer una reforma.

9. Ordenar la unificación de la legislación penal para todo el país, de forma que pasemos a tener solamente un ordenamiento penal y no 33 como acontece en la actualidad.

10. Decretar que cualquier prueba que sea obtenida mediante una violación constitucional causará sin más la nulidad del procedimiento en que se pretenda presentar, así como la puesta en libertad de cualquier persona detenida dentro del mismo procedimiento, si es que la hubiera.

11. Otorgar autonomía constitucional al Ministerio Público, creando la carrera ministerial en forma semejante a la que existe para los funcionarios judiciales.

12. Remover los límites actualmente existentes para la libertad de expresión y ampliar su oponibilidad a todas las autoridades y a todos los particulares.

13. Prohibir los “delitos de opinión” y las “leyes de desacato”.

14. Constitucionalizar el derecho de acceso a la información, precisando algunos de sus principios básicos, tales como el de legitimación activa amplia, celeridad en la respuesta, accesibilidad de costos, presunción de publicidad de la información, etcétera.

15. Remover los límites actualmente existentes para la libertad de prensa, con excepción de la protección a la vida privada, la cual puede quedar como un límite a dicha libertad o bien constituirse como un derecho por sí mismo, tal como se propone enseguida.

16. Garantizar el pluralismo mediático, tanto por medio de la creación de un sistema televisivo y radiofónico públicos, como a través de la intervención en el mercado de los medios con el objeto de evitar la concentración vertical y horizontal de los mismos.

17. Introducir la cláusula de conciencia de los comunicadores y su secreto profesional.

18. Proclamar la neutralidad del Estado frente a los medios de comunicación, particularmente la neutralidad frente a la asignación publicitaria y cualquier otro beneficio indebido a favor de determinados medios.

19. Introducir el derecho de réplica, respuesta o rectificación.

20. Introducir el derecho a la intimidad personal y familiar, así como el derecho al honor y la protección de los datos personales.

21. Ampliar el ámbito tutelado por la libertad de conciencia y la libertad religiosa, incorporando la objeción de conciencia.

22. Asegurar que las personas que se encuentran en instituciones de permanencia forzosa (hospitales, cuarteles, prisiones) tengan acceso a asistencia espiritual y religiosa.