



21

**Un sistema moderno de derechos.
Propuestas para reformar
la Constitución mexicana**

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Enero de 2002

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-74-63/64 exts. 703 o 704, fax 56-65-34-42.
www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2002.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.

CONTENIDO

I. Consideraciones previas	1
II. Clasificación de los derechos fundamentales.....	2
III. Principios generales y derechos y libertades personales: ideas para el debate	2
IV. Cuestiones generales.....	14
V. Una reflexión final	15

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sistemática utilizada en la redacción del capítulo relativo a las “Garantías individuales” en la Constitución mexicana de 1917 no parece ser, en la actualidad, la más apropiada. A partir de las múltiples reformas que han tenido los primeros 29 artículos de la Carta Magna, su contenido se ha ido ensanchando de tal forma que hoy en día resulta prácticamente incomprensible.

Tomando en cuenta lo anterior, quizá sería conveniente adoptar una estrategia de reforma profunda o incluso integral de toda la parte relativa a los derechos fundamentales, a fin de que *a)* se implemente una sistemática racional y moderna en su tratamiento constitucional, *b)* se incluyan nuevos derechos o nuevas formas de concebirllos e interrelacionarlos (por ejemplo en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos) y *c)* se mejore la redacción –la forma de enunciarlos- empleada por la Constitución.

La necesidad de tratar de lograr una reforma lo más integral posible parte de la evidencia histórica, plenamente acreditada por la experiencia de los últimos 80 años, de que las reformas parciales no han dado buen resultado y, por el contrario, han acabado nulificando la necesaria unidad contextual y conceptual que deben tener los textos constitucionales.¹

El objetivo de este ensayo es aportar algunas pautas de reflexión para poder intentar un cambio de la magnitud que se requiere y que sirva para reconfigurar por completo (o al menos de manera importante) el sistema constitucional de los derechos fundamentales. Para ello se propone adoptar una clasificación de los derechos que permita un tratamiento sistemático y moderno del tema por la Constitución. Obviamente, en las páginas que siguen se encuentra nada más el esbozo de un programa que debe ser mucho más ambicioso, para llegar quizá a proponer el diseño de una nueva Constitución por completo. En esa medida, de lo que se trata es de empezar a modificar los términos de una discusión que por años ha estado encasillada en visiones y tratamientos doctrinales de “corte clásico” (por llamarles de alguna forma), pero que en la actualidad requiere de un replanteamiento de fondo.

Este ensayo formará parte del libro del autor *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales* (en preparación). Una primera versión fue publicada en *Isonomia*, número 14, México, abril de 2001.

El Dr. Miguel Carbonell es investigador titular “A” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Con los términos “unidad contextual y conceptual” me refiero a que dentro del capítulo de derechos fundamentales se hable, efectivamente, de derechos y no de otra cosa, de la misma forma que dentro de la llamada “parte orgánica” tampoco deben haber otras disposiciones más que aquellas que se refieren a la organización y funcionamiento de los poderes.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para lograr la sistemática ya mencionada se podría dividir la parte relativa a los derechos en cuatro grandes rubros: 1) principios generales; 2) derechos y libertades personales; 3) derechos sociales, económicos y culturales y 4) principios rectores de las actividades de los poderes públicos.² Como la enunciación y explicación de estos cuatro apartados representa una tarea muy compleja y difícil, y para tratar de concentrar al máximo las propuestas, se enuncian a continuación solamente los temas relativos a los dos primeros; es decir, los principios generales y los derechos y libertades personales. Sobre los derechos sociales, económicos y culturales se ha iniciado ya en México un incipiente pero fértil debate al que vale la pena remitirse.³ Por lo que hace a los principios rectores de las actividades de los poderes públicos, hasta en tanto no se haga un tratamiento particular mucho más extenso y detallado, habría que revisar las obras generales de derecho constitucional que, al examinar los tipos de normas que contienen las Cartas Fundamentales, tocan este punto concreto.⁴

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

Las propuestas para la reforma constitucional de los derechos fundamentales son:

1) Dentro de los principios generales se incluiría lo siguiente:

A) El principio de universalidad de los derechos fundamentales.⁵

B) El principio de igualdad de todos los habitantes y las prohibiciones de discriminación tal como, en muy buena medida, ya lo hace el artículo 1 párrafo tercero. Los criterios que se emplean en dicho precepto son el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por

² Esta es una división que se encuentra en varios de los textos constitucionales más recientes, pero que para efectos de este trabajo se ha tomado fundamentalmente de la Constitución portuguesa de 1976; del mismo texto constitucional se toman los apartados que se exponen en las siguientes páginas. La explicación más completa que se ha escrito, hasta donde tengo noticia, del derecho constitucional portugués (que por cierto, ha adquirido un rigor y una relevancia muy notables en los últimos años), se encuentra en Gomes Canotilho, J.J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª edición, Coimbra, Almedina, 1999, con abundante bibliografía complementaria.

³ Una recopilación que puede ayudar a centrar el debate sobre estos derechos se encuentra en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2001.

⁴ En varios de los ensayos recogidos en la obra colectiva *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (comp. de Miguel Carbonell), México, UNAM-Porrúa, 2000, se encuentran algunas indicaciones bibliográficas sobre el tema.

⁵ Sobre la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", trad. de Perfecto Andrés en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid Trotta, 2001; Kriele, Martín, "L'universalità dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1992, pp. 3 y ss.; y Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000, pp. 21 y ss., así como el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; sin embargo, quizá haría falta agregar, al menos, los de ascendencia, lengua y situación económica.⁶

Además, en virtud de que el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal, quizá habría que ponderar la posibilidad de introducir en la Constitución una cláusula que contenga un mandato de igualdad de ese tipo.⁷ Esto permitiría, entre otras cosas, que las disposiciones electorales establecieran alguna especie de discriminación positiva a favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integrar los órganos directivos de los partidos políticos, como sucede ya en diversos países.⁸

En tal caso, se podría establecer en la ley electoral (o incluso en la Constitución, si es que se decidiera no poner en el texto de la Carta Magna el mandato de igualdad sustancial) que el 30% de las candidaturas en las Cámaras del Congreso y el mismo porcentaje en las direcciones de los partidos deberían reservarse a uno de los dos sexos.⁹ Una fórmula en el mismo sentido se encuentra, por ejemplo, en ley italiana 81/1993, de 25 de marzo, sobre elección directa de los alcaldes, en cuyo artículo 7.1 se establece que “En las listas de candidatos, por norma, ninguno

⁶ Un análisis del principio de igualdad, realizado a partir de la interpretación el párrafo primero del artículo 4 de la Constitución de 1917, se encuentra en Carbonell, Miguel, “Artículo 4”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 15ª edición, tomo I, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000; más ampliamente en *idem*, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2001, capítulo III. Parte del debate actual sobre la igualdad jurídica puede encontrarse, de entre lo mucho que se ha escrito desde el tema y desde varias perspectivas –no solamente jurídicas–, en Pizzorusso, Alessandro, “Eguaglianza (diritto)”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III, Roma, 1993; Alemany, Macario, “Las estrategias de la igualdad”, *Isonomía*, número 11, México, 1999; Schiavello, Aldo, “Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico”, *Ragion Pratica*, 14, Génova, 2000; Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 9, Madrid, 1983; Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993; Comanducci, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto* 1992, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giapichelli, 1992; Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999; Sen, Amartya K., *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; *idem*, “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, número 121, Morelia, 2000.

⁷ Los modelos de preceptos constitucionales que consagran la igualdad sustancial pueden tomarse de la Constitución española (artículo 9.2) o italiana (artículo 3 párrafo segundo); un buen panorama doctrinal del caso italiano se encuentra en Giorgis, A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit. y Carabita, B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, CEDAM, Padua, 1984.

⁸ Véase *El País*, 9 de junio de 2000, donde se informa que, de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos de la política nacional de los Estados respectivos.

⁹ El artículo vigésimo segundo transitorio de la reforma del 22 de noviembre de 1996 al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone lo siguiente: “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de la mujer”. Como se observa, ni por su ubicación ni por su redacción este precepto puede suponer algún tipo de protección efectiva para las mujeres. El hecho mismo de ponerlo como un artículo transitorio, a pesar de que para nada tiene un contenido temporal, es muy ilustrativo de la poca importancia que a esta regulación le otorgó el legislador. Además, quizá tenga algún posible vicio de inconstitucionalidad al implicar una posible restricción de los derechos de la participación política que no está prevista en el texto constitucional y que, en esa medida, se traduce en una limitación no autorizada a un derecho fundamental.

de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios”.¹⁰ Sobre este punto, Ferrajoli defiende el hecho de que “puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares”.¹¹

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

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no solo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.¹²

Lo anterior, que se refiere solamente a las mujeres, no obsta para enfatizar que el mandamiento de igualdad sustancial debe traducirse en la implementación de políticas públicas que favorezcan a todos los grupos vulnerables: niños, ancianos, discapacitados, etcétera. Junto a esas políticas públicas, una cláusula de igualdad sustancial demandaría también la implementación de lo que se ha llamado “acciones afirmativas” o “discriminaciones positivas”, que consisten en políticas públicas destinadas a erradicar las discriminaciones ya existentes, y a compensar por medio de ellas a los grupos en situación de vulnerabilidad (menores y ancianos, mujeres, indígenas, discapacitados).¹³ Lo importante en este momento, sin embargo, es la necesidad de entender que cuando un texto constitucional introduce un mandamiento de igualdad (como en parte ha hecho ya la Constitución mexicana) se trata de una decisión que va a tener múltiples impactos –positivos según creo– en el resto del ordenamiento, no solamente desde el punto de vista formal, sino también material.

C) La incorporación de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales como derechos de rango constitucional para efectos internos. Esto quiere decir que los derechos fundamentales de carácter internacional no pueden ser derogados o afectados por ningún acto o norma jurídica interna –con excepción de una reforma a las propias normas constitucionales, se entiende– y que, si lo hicieran, serían directamente violatorios de la

¹⁰ Citada en Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías*, cit., p. 96. Debe mencionarse sin embargo, que este tipo de disposiciones se han considerado inconstitucionales por la Corte Constitucional italiana, lo que viene a demostrar la necesidad de intentar reformas no simplemente legales, sino constitucionales. Un análisis de las decisiones de la Corte italiana sobre el tema puede verse en Ruiz Miguel, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, número 94, Madrid, julio-agosto de 1999, y Pizzorusso, Alessandro y Rossi, Emanuele, “Le azioni positive in materia elettorale in Italia” en Becalli, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.

¹¹ “Igualdad y diferencia”, cit., p. 89.

¹² *Ibidem*, p. 92.

¹³ Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice. A Philosophical and constitutional inquiry*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1991.

Constitución; con ello se establecería una suerte de “jerarquía axiológica” dentro del sistema jurídico nacional.¹⁴ También significa que los derechos recogidos en normas internacionales gozan del mismo sistema de protección jurisdiccional que aquel que se prevé para la violación directa de las normas constitucionales (el juicio de amparo, por ejemplo).

Por otro lado, se podría también incluir un precepto en el que se dispusiera la obligación de los órganos del Estado mexicano, en cualquiera de sus niveles de gobierno, de interpretar el ordenamiento jurídico (pero sobre todo el ordenamiento constitucional y las leyes que afecten a los derechos fundamentales), de conformidad con los tratados internacionales ratificados por México en materia de protección de derechos. Un ejemplo útil al respecto lo puede suministrar el artículo 10.2 de la Constitución española que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.¹⁵

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

En el derecho constitucional de diversos Estados de América Latina no es infrecuente encontrar preceptos que contienen disposiciones como las que se proponer incorporar en la Constitución de 1917, tanto por lo que hace a la jerarquía constitucional de los tratados, como por lo que respecta a la necesidad de la interpretación de la legislación interna a la luz de lo dispuesto por esos instrumentos internacionales.¹⁶

Así por ejemplo, el artículo 75 párrafo 22 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de 1966 de Naciones Unidas (el de derechos civiles y políticos, y el de derechos económicos, sociales y culturales).

La Constitución de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno (artículo 46). Una disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1993, que se encarga de enfatizar que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone que los instrumentos internacionales vigentes en su territorio serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o

¹⁴ Sobre los tipos de “jerarquías normativas” véase Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 121 y ss.

¹⁵ Los alcances y la interpretación de ese precepto se analizan en Saíz Arnaíz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999. Véase, también, el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁶ Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2000, pp. 163-259.

autoridad. La misma Constitución precisa que, en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18).

La reciente Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, establece directamente la jerarquía constitucional de los pactos y tratados sobre derechos humanos; su texto es el siguiente: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

D) El reconocimiento de la cláusula del contenido esencial de los derechos, siguiendo el modelo de la Constitución alemana de 1949 (artículo 19.2), portuguesa de 1976 (artículo 18.3) y española de 1978 (artículo 53.1), entre otras.¹⁷ El contenido esencial de los derechos fundamentales opera sobre todo como una “reserva” frente al legislador, impidiendo que la inactividad legislativa pueda vulnerar el núcleo mismo de los derechos; también sirve para evitar la existencia de leyes restrictivas en materia de derechos fundamentales, suponiendo, en consecuencia, una limitación a la “libertad de configuración legal” del legislador sobre los mismos.¹⁸

E) Las condiciones para la suspensión de los derechos fundamentales; entre esas condiciones habría que incluir la previa y esencial declaración del “Estado de sitio” o de “emergencia”, su aprobación por una mayoría calificada del Congreso de la Unión y la posibilidad de que fuera revisada –aunque sin tener efectos suspensivos completos, porque si no se volvería inútil– por los tribunales nacionales e internacionales.¹⁹ Convendría también precisar la prohibición de suspender algunos derechos, como el derecho a la vida, a la integridad personal o las garantías necesarias para la protección de los mismos.²⁰

F) La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978.²¹

G) El derecho a la resistencia civil de los ciudadanos frente a los atentados ilegales contra sus derechos y libertades.²²

¹⁷ La explicación clásica sobre el cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997; ver también Martín Retortillo, Lorenzo y Otto, Ignacia de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.

¹⁸ Cfr. Prieto, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000, pp. 429 y ss.

¹⁹ Los modelos de redacción para establecer lo mencionado en este apartado pueden tomarse de los textos constitucionales de Dinamarca (artículo 85), España (artículo 55), Finlandia (artículo 16), Grecia (artículo 48), entre otros.

²⁰ En este sentido, ver el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1969.

²¹ Véanse las consideraciones de Valadés, Diego, “La Constitución y el poder” en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 156 y ss. (reproducido en Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, IJ-UNAM, 2000), así como las de Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994; *idem*, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.

²² El derecho de resistencia se encuentra teorizado ya en Locke y en Rousseau, y recogido además en varios textos del *primer constitucionalismo*; cfr. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 53 y 71, nota 21.

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

A) El derecho a la vida²³ y la prohibición absoluta de la pena de muerte.²⁴

B) El derecho a la integridad personal, tanto física como moral y, en consecuencia, la prohibición de la tortura y los tratos crueles o degradantes.

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

Las posibilidades interpretativas que ofrecen estos tres 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, a la intimidad y a la propia imagen. 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

²³ Consagrar el derecho a la vida no significa, ni mucho menos, tomar parte sobre el delicado tema del derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo. Como me parece que se trata de un tema complejo y como no encuentro, para fijar mi propia postura, mejores palabras que las de Luigi Ferrajoli, creo que vale pena transcribir sus argumentos: Ferrajoli dice que el principio de autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), “se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre... porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal... en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal”, “Igualdad y diferencia”, *cit.*, p. 86.

Por otra parte, en sentido estricto el derecho a la vida no puede convertirse, sin más, en un derecho al nacimiento, sino que se trata de un derecho de los ya nacidos, consistente en la existencia física y psicológica, así como a un modo de vivir humano. Sobre este punto, conviene revisar la polémica sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, incluyendo sus votos particulares; para el tratamiento doctrinal, de entre lo mucho que se ha escrito, puede empezarse por revisar, Balaguer, Francisco, Cámara, Gregorio y otros, *Derecho constitucional*, volumen II, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 78 y ss. Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso “Roe vs. Wade” resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U. S. 113); curiosamente, en el caso “Roe” la Corte estadounidense no utilizó una argumentación sobre el derecho a la vida, sino sobre todo vinculada al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en “Griswold vs. Connecticut” 381 U. S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos) para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen el texto constitucional de 1787 y sus enmiendas.

²⁴ Ver lo dispuesto en el artículo 4, párrafos 2 a 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen diversas restricciones para los Estados parte en materia de pena de muerte.

proyección sobre ámbitos concretos de la realidad social, como por ejemplo el “prestigio profesional”.²⁵

El derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida. Dicho ámbito puede ser más o menos amplio según se trate de personas públicas o privadas, e incluso si, dentro de las primeras, se trata de personajes con relevancia pública o personas que ostentan cargos públicos. En este último supuesto ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.²⁶ Para el 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...

El derecho a la propia imagen se entiende como “una garantía frente a la captación, reproducción, filmación o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, así como la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales”.²⁷

Honor, intimidad y propia imagen son bienes jurídicos que cobran una mayor importancia en la era actual en la que las modernas tecnologías los han puesto en riesgo; los avances técnicos, la tendencia invasiva de los medios de comunicación y las posibilidades que ha abierto la informática hacen que deban ser protegidos desde el propio texto constitucional, y luego tutelados a nivel legislativo y jurisprudencial, tal como se hace en otros países.²⁸

D) El derecho genérico a la libertad, incluyendo las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privado de ella (prisión preventiva, requisitos para detenciones policiales, para órdenes de aprehensión, garantías del proceso penal, etc.). Convendría ser muy enfático en la imposibilidad de que las autoridades administrativas puedan efectuar la más mínima detención

²⁵ Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 97, México, enero-abril de 2000, p. 105.

²⁶ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

²⁷ *Ibidem*, p. 107. Los mismos autores afirman que “el derecho a la propia imagen probablemente esté llamado a ser uno de los más representativos del siglo XXI, suscitándose la hipótesis, si no del reconocimiento de un eventual derecho al anonimato, sí de la relevancia que al deseo de cualquier persona de permanecer en el anonimato ha de otorgársele dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la propia imagen” (p. 107).

²⁸ De entre la basta literatura que existe sobre el tema, ver Muñoz de Alba, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IJJ-UNAM, 2000, pp. 571-609 y Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2ª edición, México, Fundación Buendía, UIA, 1998.

sin contar con una orden judicial, fuera de los casos de estricta flagrancia, la cual además no podrá extenderse más allá del momento material en que el sujeto se encuentre cometiendo el delito y al de su persecución inmediata.

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

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 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”.²⁹

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 de una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. Como señala el mismo Ferrajoli, “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también –es decir, sobre todo- por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.³⁰

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción 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 “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión.³¹ 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.

²⁹ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 549.

³⁰ *Ibidem*, p. 559.

³¹ 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.

Como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de código penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal; en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las Cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli, “Esta *reserva de código* habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia 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”.³²

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

E) El régimen de la extradición, la expulsión y el asilo. En este punto habría que derogar sin cortapisas el artículo 33 constitucional, que resulta directamente violatorio de diversos pactos internacionales de derechos humanos al discriminar a las personas en razón de su lugar de nacimiento y al negarles el elemental derecho de defensa ante los tribunales³³. Por ningún motivo se debería permitir la expulsión de persona alguna por la autoridad administrativa; se debería requerir siempre de un mandamiento judicial (luego de haberse cumplido con las garantías del debido proceso legal) para poder proceder a una expulsión.

Sobre la regulación del asilo se han ensayado diversas fórmulas en el derecho constitucional contemporáneo. Una sencilla, aunque útil, es la contenida en el párrafo tercero del artículo 10 de la Constitución italiana de 1947: “Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley”. Más parco es el párrafo primero de la Constitución alemana de 1949, que se limita a señalar: “Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo”.³⁴

Parece difícil de sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se

³² “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos* (en prensa).

³³ Véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los artículos 5.2 y 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la ONU en diciembre de 1985, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor para México desde el 23 de junio de 1981.

³⁴ Véase también el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no solo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, viene a poner en crisis la universalidad de los derechos y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía y soberanía.³⁵

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

La emigración humanitaria es una realidad de nuestros días y México, que en este punto tiene la doble experiencia de haber recibido en el pasado muchos inmigrantes y de ser actualmente uno de los países que mayores flujos de emigrantes tiene en el mundo (hacia Estados Unidos, principalmente), debe hacerse cargo de ello a través de una generosa política constitucional hacia los inmigrantes y hacia los que quieren obtener asilo, como condición primera para lograr luego un total reconocimiento de su estatus como ciudadanos.³⁶ Para dar un simple dato acerca de la importancia de las migraciones basta decir que para 1995 se estima que llegaron a Europa entre 26 y 30 millones de migrantes.³⁷ Un primer paso para ello puede consistir en precisar constitucionalmente la obligación de conceder el asilo por razones humanitarias.

F) La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones –no solamente las postales- privadas.³⁸ Me parece que en la actualidad ya no hay justificación para que en el texto constitucional aparezcan prevenciones como la establecida en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que establece lo siguiente: “En tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”; es un ejemplo del tipo de contenidos constitucionales que deben ser derogados para modernizar las disposiciones de la Carta Fundamental. Las comunicaciones que se encuentran protegidas son de todo tipo, incluyendo las que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como el internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular puede

³⁵ En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., pp. 397 y ss.

³⁶ Algunas consideraciones generales sobre las “políticas de reconocimiento” de los inmigrantes y de sus formas de integración en las sociedades democráticas pueden verse en Kymlicka, Will, “Le sfide del multiculturalismo”, *Il Mulino*, Milán, número 2 de 1997, pp. 199 y ss. Sobre el tema, se pueden ver también los trabajos de Giorgio Agamben, “Política del exilio” y de Remo Bodei, “Los sin patria”, ambos en Silveira Gorski, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000. Un comentario más amplio en relación con los inmigrantes, las políticas de asilo y la universalidad de los derechos fundamentales puede verse en Carbonell, *La Constitución en serio*, cit., capítulo I.

³⁷ PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2000*, Barcelona, Ediciones Mundi-Prensa, 2000, p. 42.

³⁸ Sobre este punto, Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.

violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.³⁹

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

G) El derecho a la preservación de los datos derivados del tratamiento informático de la información (la prohibición de comercializar bases de datos estadísticos u oficiales o la limitación del acceso a ficheros o registros informatizados de carácter oficial).⁴⁰

H) La libertad de expresión y derecho a la información, precisando la obligación –quizá a través de un artículo transitorio- del legislador de dictar la regulación correspondiente de tal forma que se evite caer en la situación de inutilidad que por años ha tenido la última parte del artículo 6 constitucional al no haber sido regulada por vía legislativa. Se deberán precisar los derechos de réplica y el de obtener una indemnización por daños y perjuicios en caso de informaciones falsas (no simplemente erróneas, por supuesto) que se hayan transmitido en los medios y que hayan podido violar algún derecho fundamental.

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

La libertad de los medios de comunicación implica, entre otras cuestiones, que no se necesitarán licencia o permiso previos para fundar un medio de comunicación de cualquier tipo. En el caso de aquellos medios que ocupen el espacio radioeléctrico, se deberán atender los requerimientos técnicos necesarios para acomodar las distintas frecuencias asignadas a cada medio.⁴¹

Para asegurar la libertad y el uso correcto de los medios de comunicación, pero también un muy deseable pluralismo mediático,⁴² habría que disponer las siguientes tres medidas concretas:⁴³ a) la creación de una televisión y una radio públicas, que informen sobre cuestiones de interés general, con total imparcialidad y objetividad; b) la creación de un “Consejo de lo

³⁹ Sobre este punto véanse las observaciones de Carrillo, Marc, “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley”, *Jueces para la democracia*, número 36, Madrid, noviembre de 1999, pp. 72-74.

⁴⁰ Véase Muñoz de Alba, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *cit.*

⁴¹ Sobre la libertad de crear medios de comunicación véase Bastida, Francisco J, *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990.

⁴² Véase Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

⁴³ Estas propuestas han sido expuestas, con mayor detenimiento, en Carbonell, Miguel, “Construir el pluralismo” en VV.AA., *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje a Mario de la Cueva*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 287-298. En este libro conviene también revisar los trabajos de Marc Carrillo, Jorge Carpizo y Enrique Cáceres sobre el tema de la cláusula de conciencia de los comunicadores.

Audiovisual” que se constituya como un órgano constitucional autónomo y cuyos integrantes reflejen la pluralidad político-partidista de las Cámaras del Congreso (asumiendo la misma proporcionalidad en la confección de su órgano directivo, por ejemplo); este Consejo tendría como funciones la asignación de las frecuencias radiales y televisivas y la regulación de los medios –incluyendo los públicos–, así como la administración de los tiempos que tendría reservados el Estado (que deberían ser notablemente inferiores a los actuales al contar con sus propios medios de comunicación);⁴⁴ 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.⁴⁵

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

J) La libertad de conciencia, de religión y de culto.⁴⁶ El Estado mexicano debe mantenerse neutral con respecto a cualquier religión, tolerando toda manifestación que no vaya en contra de los derechos fundamentales o de las leyes penales. La libertad de conciencia debe dar lugar al nacimiento de la “objeción de conciencia” con respecto al cumplimiento de leyes que puedan involucrar la condición moral de los obligados por dichas normas; tal podría ser el caso del servicio militar.⁴⁷

El artículo 5 de la Constitución brasileña de 1988 detalla, en sus fracciones VI, VII y VIII, algunos de los aspectos de las libertades de conciencia, religión y culto. Su texto es el siguiente: “VI. Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estando asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección de los locales de culto y sus liturgias; VII. Queda asegurada, en los términos de la ley, la prestación de asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de internamiento colectivo; VIII. Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rehusase cumplir la prestación alternativa, fijada en ley”.

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

⁴⁴ En el mismo sentido, Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IJ-UNAM, 1998; *idem*, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000. En Francia se ha desarrollado con buen éxito la institución del “Consejo Superior de la Audiovisual”, que es el modelo en el que suelen inspirarse la mayoría de propuestas en ese sentido; sobre el punto Rallo Lombarte, Artemi, “La garantía del pluralismo informativo en Francia: el *Conseil Supérieur de l’audiovisuel*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 59, mayo-agosto de 2000, pp. 93 y ss.

⁴⁵ Sobre este último punto, el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa dispone que “Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorratearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno”.

⁴⁶ Para una primera aproximación al tema, Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (Un ensayo)*, México, Porrúa-CNDH, 2001.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Cámara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.

estudio obligatorios (los de nivel primaria y secundaria) serán confeccionados tomando en cuenta la opinión de los padres y de los expertos de la comunidad en materia educativa.

L) La libertad de reunión y manifestación.

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

IV. CUESTIONES GENERALES

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

A) Se debe ser muy cuidadoso al momento de llevar a cabo la enunciación constitucional de los límites a los derechos fundamentales; referencias como “la moral”, la “vida privada”, el “orden público” o el “breve término” pueden suponer, en los hechos, pautas para que las autoridades hagan nugatorios los derechos. Se trata de conceptos extremadamente abiertos que maximizan las posibilidades de que los poderes ejecutivo y judicial ejerzan una muy amplia discrecionalidad; son compuertas directas, también, a la corrupción.

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

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

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

C) Por otro lado, también se debería matizar la prohibición de la retroactividad en perjuicio recogida en el párrafo primero del artículo 14. Obviamente, que las leyes solamente

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

V. UNA REFLEXIÓN FINAL

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

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

A) En primer lugar, se debe destacar el papel esencial que tiene la ciencia jurídica, la labor de los especialistas, en la preservación y tutela de los derechos. Esto supone una gran responsabilidad que implica, entre otras cuestiones, que la ciencia del derecho debe dejar de ser meramente descriptiva para poder generar una suerte de paradigma crítico que ponga en evidencia la precaria situación que se vive en muchos países de América Latina en el tema de los derechos.⁴⁸ Ferrajoli dice que esta tarea se puede concretar en la crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; en la reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; en el análisis de las antinomias y de las lagunas;⁴⁹ y en la elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales. El mismo autor concluye que:

⁴⁸ En general sobre la función crítica de la ciencia jurídica Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos, Aires, Eudeba, 2001.

⁴⁹ Sobre las antinomias y lagunas, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 4ª edición, México, UNAM-Porrúa, 2001, cap. IV; *id.*, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 215 y ss.; Prieto, Luis, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *Cuadernos de derecho público*, Madrid, septiembre-diciembre de 2000, pp. 9-30.

De aquí se sigue una responsabilidad para la cultura jurídica y politológica, que implica un compromiso tanto más fuerte cuanto mayor es esa divergencia, y por consiguiente el cometido de dar cuenta de la ineffectividad de los derechos constitucionalmente estipulados. Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad.⁵⁰

⁵⁰ “Derechos fundamentales”, *cit.*, p. 68; véanse también los trabajos del mismo autor, “La filosofía analítica” en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, pp. 21-64 y *La cultura jurídica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

Una segunda cuestión importante es destacar que la lucha por los derechos es, simultáneamente, una lucha por el Estado, que parece ser el único instrumento que la racionalidad del mundo moderno se ha dado para hacerlos efectivos.⁵¹ Desde esta óptica, quizá el mejor modelo de Estado para proteger los derechos no sea muy parecido al “Estado mínimo” que propugna la visión neoliberal, sino más bien un Estado *eficiente*, que cuente con los recursos, las estructuras y las facultades necesarias para llevar a cabo sus tareas irrenunciables, y que permita conseguir una “democracia sustentable”.⁵²

Por último, también debe ponerse de manifiesto que la mejor garantía de los derechos que tienen los ciudadanos se encuentra en la misma sociedad. Como señala Gerardo Pisarello, “finalmente, más allá de las técnicas (como el constitucionalismo) que puedan idear para protegerse, las sociedades no cuentan al final con otra garantía que consigo mismas. Sólo esa permanente voz de alerta, emitida desde los más diversos intersticios del tejido social, puede despertar a América Latina de la pesadilla de la arbitrariedad y el atropello y obligarla a reemprender, con un sentido más humano, el noble sueño de un Estado social y democrático de Derecho al servicio de todos los hombres y mujeres que la habitan”.⁵³ Esto implica la necesidad de ir pensando en sistemas garantizadores de los derechos que supongan una multilateralidad de actores. Dejar la temática de la protección de los derechos solamente a las tensiones y relaciones entre parlamento y jurisdicción constitucional –como hacen los modelos clásicos- parece insuficiente.⁵⁴ Del mismo modo, entender que los únicos que pueden violar los derechos fundamentales son las autoridades, también implica una concepción restringida que parece no ser del todo útil en las condiciones actuales de nuestra realidad político-jurídica. De ahí la necesidad de extender el paradigma garantista hacia los poderes privados –caminando hacia un constitucionalismo *de derecho privado*- que permita regular, controlar y disminuir a *todos* los poderes, no solamente los tradicionales poderes públicos.⁵⁵

Las técnicas de control de los poderes privados y lo que se ha llamado la protección *horizontal* de los derechos –frente a particulares- es algo que la doctrina contemporánea ha explorado con alguna profundidad y sobre lo que hay ya propuestas muy concretas y articuladas que están listas para ser incorporadas a nuestros ordenamientos jurídicos.⁵⁶

⁵¹ Pisarello, Gerardo, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza” en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Alicante, Universidad de Alicante, 2000.

⁵² Przeworski, Adam; Di Tella, Torcuato; Maravall, José Ma. y otros, *Democracia sustentable*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

⁵³ “Estado de derecho y crisis de la soberanía...”, *cit.*, p. 83.

⁵⁴ Sobre esto ha insistido también Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia*, número 41, Madrid, julio de 2001, p. 10.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo de derecho privado” en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, IJJ-UNAM, 2001.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000 y Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, CEPC, 1997.