

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SUS LIMITACIONES
CONSTITUCIONALES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALBERTO DANIEL BARRON ROJAS



MEXICO, D.F.

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO**



ESTADO NACIONAL
AZÚCAR II
MEXICO

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E**

Muy Distinguido Señor Director:

El alumno **BARRON ROJAS ALBERTO DANIEL**, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "**LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SUS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES**", bajo la dirección del suscrito y del Lic. Ignacio Mejía Guizar, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Lic. Mejía Guizar en oficio de fecha 5 de diciembre de 2001, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento, suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F., diciembre 11 de 2001.

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO

NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA H.
MEZCO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO**

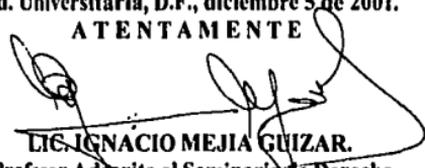
**DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO
P R E S E N T E.**

Con toda atención me permito informar a usted que he asesorado completa y satisfactoriamente la tesis profesional intitulada **"LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SUS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES"** elaborada por el alumno **BARRÓN ROJAS ALBERTO DANIEL**.

La tesis de referencia denota en mi opinión una investigación exhaustiva, ya que se sustenta en una adecuada fuente de información documental, así como la legislación expedida sobre la materia, en consecuencia, la monografía reúne los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales de nuestra Universidad, para ser sustentada como tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a usted las seguridades de mi consideración más distinguida.

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., diciembre 5 de 2001.
A T E N T A M E N T E**


LIC. IGNACIO MEJIA GUIZAR.
Profesor Adscrito al Seminario de Derecho
Constitucional y de amparo

GRACIAS A DIOS:

**Por estar siempre conmigo,
Por guiar e iluminar mi vida,
Por el logro de una de mis más
grandes ilusiones;
Y por tener a mi lado el
tesoro más preciado que es mi familia.**

A MIS PADRES:

**José Luis Barrón Vera
Ma.Yolanda Rojas Perez**

**Sus sacrificios, desvelos y carências tienen su recompensa; porque el
que siembra, tiene derecho a recoger los frutos de su esfuerzo hoy me ha
tocado contribuir, a esa cosecha bendita y pródiga.**

**Gracias por brindarme su apoyo, consejos, comprensión y amor sin límite,
a ustedes les debo lo que soy.**

¡ Su deber ha rebasado en sus límites y su mandato cumplido está !

A MIS HERMANOS: José Luis, Yolanda Patricia, Martha Laura, Gerardo,

Oscar.

Deseándoles salud, amor y felicidad por siempre.

PARA MIS CUÑADOS (A): Belén Pedraza Aviles, Ma del Refugio Ruiz

Cabañas Guzman, José Mario Ortega Rivera.

Esperando que se les cumplan todos sus sueños en compañía de sus

hijos: Luis Javier, José Gerardo, Sebastián, Diana Patricia.

A MIS MAESTROS:

Por su tiempo, comprensión y enseñanza; porque me sembraron un deseo grande de seguir aprendiendo.

AL LIC. IGNACIO MEJIA GUIZAR:

**Por su tiempo en la orientación y apoyo incondicional que me brindo en la
realización de este trabajo.
Mi agradecimiento.**

A TODAS AQUELLAS PERSONAS

Que contribuyeron de una u otra manera en el logro de esta meta.

Mi Agradecimiento Eterno.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA CONSTITUCION Y LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.	1
I. Constitución como elemento del Estado	1
A. Territorio	2
B. Población	3
C. Poder Soberano o Soberanía	6
D. Poder Público	11
E. Poder Constituyente	12
F. Constitución del Estado o orden jurídico fundamental.	14
II. Concepto de Constitución	15
A. Concepto Semántico o gramatical de constitución	16
B. Concepto material y formal de constitución	17
C. Carl Schmitt	20
1. Sentido Absoluto	21
2. Sentido Relativo	22
3. Sentido Positivo	23
4. Sentido Ideal	25
D. Fernando Lassalle	25
E. Hans Kelsen	28
F. Hermann Heller	31
G. Otros Autores	34

III. Partes de la Constitución.	47
IV. Las Garantías Individuales	48
A. Concepto	48
B. Clasificación de la Garantías Individuales	63
1. Garantías de Libertad	64
2. Garantías de Igualdad	65
3. Garantías de Propiedad	65
4. Garantías de Seguridad Jurídica	65
C. Libertad de Expresión.	66
CAPITULO SEGUNDO.	
LA LIBERTAD COMO DERECHO HUMANO.	68
I. La libertad como característica esencial del hombre	68
II. Libertad como atributo de la voluntad	77
III. Libertad y Sociedad	85
IV. Libertad como derecho	91
CAPITULO TERCERO.	
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESION.	104
I. Antecedentes Históricos de la libertad de expresión	104
A. Comentario Previo	104
B. Constitución Española o Carta de Cádiz de 1812	108
C. Constitución de Apatzingán de 1814	110
D. Constitución de 1824	113
E. Leyes Constitucionales de 1836	115
F. Las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843	116

G. Acta de Reformas de 1847	118
H. Constitución de 1857	119
I. Constitución de 1917	121
CAPITULO CUARTO.	
LAS LIMITACIONES JURIDICAS A LA LIBERTAD DE EXPRESION.	128
I. Análisis del Artículo Sexto Constitucional	128
A. La libre manifestación de las ideas	129
B. Concepto y actualidad de la inquisición	134
C. Limitaciones Constitucionales a la libertad de expresión de las ideas	136
1. Ataques a la moral	137
2. Ataques a los derechos de tercero	140
3. Perturbación al Orden Público	141
4. Ley de Imprenta del 12 de Abril de 1917	145
5. Provocación de algún delito	150
D. Reforma Propuesta	153
CONCLUSIONES	160
BIBLIOGRAFIA	163
A. Libros	163
B. Diccionarios	167
C. Legislación	167
D. Documentos	168
E. Jurisprudencia	168

INTRODUCCION

En cuanto la teoría clásica de la división de poderes, el Poder Público se divide en ejecutivo, legislativo y judicial. Una de las finalidades de éstas autoridades, es buscar la equidad y la justicia para con los gobernados, sin embargo quién detenta el poder, en numerosas ocasiones y para satisfacer a algunas personas, abusan del poder concedido, lesionando los derechos del hombre inherentes a él, que en nuestra nación, son reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Capitulo Primero.

Es por ello que para obtener el título de Licenciado en Derecho, presento en este trabajo de investigación uno de los temas más inquietantes y más polémicos, la libre manifestación de las ideas y sus limitaciones constitucionales; con la intención y deseo que la libertad de expresión se ejercite para crear una verdadera institución juzgadora de las actuaciones tanto del gobierno como de los particulares en un ambiente nítido y claro en el que la crítica sea verdadera, con fundamento técnico y ayude a elevar el nivel ético, económico y social de nuestro pueblo.

En nuestro primer capitulo explicaremos someramente cada uno de los elementos del Estado; la definición de constitución, para lo cual exponemos su concepto semántico o gramatical, material y formal; las aportaciones al respecto de Carl Schmitt, Fernando Lassalle, Hans Kelsen,

Hermann Heller entre otros autores; de igual forma desentrañamos nuestro propio concepto, hablamos también de las partes de la constitución haciendo mayor énfasis a su parte dogmática; al estudio de los derechos humanos que nuestra Constitución Política vigente los designa garantías individuales, su concepto, clasificación en garantías de igualdad, de propiedad, de seguridad jurídica, de libertad y dentro de éstas últimas la libertad de expresión.

En el segundo Capítulo hablaremos de la libertad como característica esencial del hombre, al mismo tiempo tratamos de identificarla, primero como atributo de la voluntad del hombre y segundo como derecho, es decir la libertad regulada jurídicamente, ya que la idea de la palabra libertad se puede aplicar al individuo y su conducta; así se puede hablar de una libertad interna y una externa que por exteriorizarse es limitada, por ello exponemos el análisis de la libertad jurídica.

Dentro del capítulo tercero realizamos un análisis de los antecedentes históricos de la libertad de expresión y observamos que en todos sus instrumentos constitucionales en México, existió el reconocimiento de la libertad de expresión algunas veces identificada como libertad de imprenta, su manifestación escrita; este derecho no fue absoluto siempre tuvo limitaciones. No fue sino que en la constitución de 1857 en donde se reconoce específicamente en un solo artículo la libertad de expresión el sexto y en otro la libertad de imprenta el séptimo, pasando casi íntegro a la

constitución de 1917 dejando así una laguna en el debate parlamentario del constituyente sobre las limitaciones a la libertad de expresión; el cual no ha tenido modificaciones sino hasta el año de 1977, en donde se le adicionó diez palabras "el derecho a la información será garantizado por el Estado".

Hemos citado en el último capítulo el análisis y la interpretación jurídica del artículo sexto constitucional; asimismo exponemos cada una de las limitaciones reconocidas constitucionalmente a la libertad de expresión que son la causa de muchas interpretaciones por falta de un concepto claro y preciso pues dichos términos sumamente vagos, ambiguos e imprecisos; sin que la legislación secundaria, ni la jurisprudencia, proporcionen un criterio seguro y fijo para establecer en que casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de tercero o perturba el orden publico, esto 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 encuentra protegida en la mayoría de los sistemas democráticos puede llegarse a considerar proscrita por los órganos del Estado mexicano.

Pues por increíble que parezca desde 1917 no se ha legislado en la materia y la ley de Imprenta sigue vigente, sin embargo resulta completamente anacrónica y no actual dentro del desarrollo que ha tenido la

sociedad mexicana y los medios de comunicación, por ello es necesario una reglamentación de la libertad de expresión y de sus limitaciones constitucionales.

CAPITULO PRIMERO

DE LA CONSTITUCION Y LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

"Solo habra Constitución en aquél Estado en el que se limite el Poder y se aseguren los derechos fundamentales".
Cotarelo.

I. CONSTITUCION COMO ELEMENTO DEL ESTADO

Al dedicarnos al estudio de la Teoría General del Estado aprendimos su concepto, que suele definirse como, "la organización jurídica-política de una sociedad bajo un poder soberano que se ejerce en determinado territorio". En el Estado convergen elementos formativos, osea, anteriores a su creación como persona moral o jurídica, y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que cumpla sus finalidades esenciales. Dentro de los primeros se encuentra la población, el territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental, manifestandose los segundos en el poder público o gobierno.

Vamos ha tratar de explicar someramente cada uno de estos elementos sin entrar a cuestiones muy profundas, por la premura del tiempo y además porque es prolijo mencionar tantos autores y sus teorías sobre el particular. Lo importante es ubicar como elemento formativo del Estado como persona moral o jurídica a la Constitución o orden jurídico fundamental. Ya ubicado en éste contexto desentrañar su definición.

A. Territorio.

El territorio es el espacio físico que sirve de asiento permanente de la población del Estado. Puede decirse que es un elemento geográfico de integración nacional a través de diversas causas que dentro de él actúan sobre las comunidades humanas, tales como el clima, la naturaleza del suelo, los recursos económicos naturales, y demás circunstancias.

El territorio tiene un análisis unitario; es decir un territorio para un Estado, puesto que no puede haber entidad estatal sin espacio territorial. Esta unidad se organiza en el orden jurídico fundamental; es por ello que el territorio en este sentido constituye el ámbito de validez espacial del ordenamiento jurídico, en éste a de fijarse su extensión o delimitación. Con razón nos comenta Kelsen que "La unidad del territorio estatal es jurídica, no geográfica natural. Pues el territorio del Estado no es en realidad sino el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado".¹

Es por ello que siendo éste de naturaleza jurídica se puede ejercitar de acuerdo con normas creadas o reconocidas por el propio Estado. Dentro de esta guisa, el territorio es también entendido como el espacio dentro del cual se ejerce el poder estatal o imperio. Es la esfera competencial del Estado que delimita espacialmente la independencia de éste frente a otros Estados, es el

¹ KELSEN, Hans; "Teoría General del Derecho y del Estado", Tr. Eduardo García Maynes, Ed. UNAM, 4ª reimpresión, México, D.F., 1988, pag. 247.

ambiente físico de vigencia de las leyes de demarcación de su aplicatividad. Debemos agregar que el territorio es un espacio tridimensional ya que comprende la superficie terrestre, el espacio aéreo, y el mar territorial en la extensión y modalidades que fija el derecho internacional. Así podemos concluir diciendo que el territorio es el espacio tridimensional (terrestre, aéreo y marítimo) dentro del cual la entidad estatal ejerce su poder, a través de las funciones legislativas, ejecutiva y jurisdiccional de sus respectivos órganos o autoridades del Estado.

B. Población.

La Población es uno de los elementos formativos del Estado. La población se presenta en primer término como un conjunto de habitantes que se asientan sobre un territorio determinado, que surge del mero hecho de la convivencia. Ahora bien cuando éste grupo no derivan únicamente del hecho de convivir juntos sino intervienen elementos comunes de carácter psicológico, histórico, religioso o económico; es decir, cuando al grupo lo une un conjunto de factores de los que participan sus componentes y que se determinan por causas culturales (historia, tradición y costumbres), o geográficas y económicas, la población asume la calidad de comunidad. Cuando el grupo se torna consciente del hecho de que constituye una comunidad de normas, se convierte en nación.

"Desde el punto de vista técnico la Nación es un concepto sociológico de carácter eminentemente subjetivo. No puede concretarse en ninguna cualidad especial, es como afirma Jellineck, una formación de carácter histórico - social. Desde luego la Nación está formada por un grupo de hombres entre los cuales existen diversos lazos que los unen: el lenguaje, la raza, la religión, el territorio; pero ni cada uno de estos lazos ni todos ellos agrupados bastan para determinar a una nación, porque hay naciones, como la judía, que carecen de territorio, otras en las cuales el lenguaje no es uno mismo en todos los grupos de población que las constituyen y en cuanto a la raza y a la religión, casi todas las naciones modernas se encuentran constituidas por hombres de diferentes razas y de distinta religión ...Desde este punto de vista estrictamente científico, nuestra República Mexicana está constituida por diferentes naciones : cada uno de los grupos indígenas que viven dentro de ella, separadas por su lenguaje, por su raza, por sus tradiciones..."²

Al igual que el territorio la población debe ser considerada unitariamente. Esta unidad esta constituida por el orden jurídico válido para los individuos considerados como pueblo del Estado. De esta forma un individuo pertenece al pueblo de un determinado Estado si queda incluido en el ámbito personal de validez de su orden jurídico. La sujeción de los individuos al orden jurídico no se encuentra únicamente vinculada a la calidad de miembros del Estado, ni siquiera a la de persona, sino que existe en relación con todos los

² MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio ; "El Sistema Agrario Constitucional" , Ed. Porrúa, 3a. ed., México, D.F., 1966, pag. 17 - 19.

hombres que viven en el territorio. Así algunos derechos pertenecen exclusivamente a los ciudadanos (derechos políticos), otros corresponden a todos los miembros del Estado, lo mismo que a los extranjeros (derechos de libertad, por ejemplo).

Ahora bien la pertenencia al Estado hállase condicionada por un vínculo jurídico específico. La nacionalidad, que implica un concepto estrictamente jurídico que denota, a su vez, una idea, la relación política entre un individuo y un Estado determinado. Como idea formal que entraña, la nacionalidad, se establece exclusivamente por el Derecho con vista aun conjunto de factores variables de carácter múltiple, sujetos al tiempo y al espacio, que se registran en la vida histórica de cada Estado en particular.

La población se considera como una entidad unitaria en cuanto que es en su conjunto, el elemento humano del Estado, constituido por la suma de sujetos que tienen el carácter de gobernados o destinatarios del poder público, es decir, el sujeto sobre el cual éste ejerce su imperio, sobre el que actúa a través de las diferentes funciones en que se desarrolla su poder o actos de autoridad. Ejerciendo este poder estatal dentro del orden jurídico primario o fundamenta- constitucional- y del orden secundario –legal –.

Ahora bien, la población como comunidad natural culturalmente unitaria, es anterior al Estado, la causa originaria de su creación, participa en el proceso

lógico de su formación, "Si el Estado es producto de la cultura y específicamente del derecho, y si en una y en el otro necesariamente intervienen la voluntad y la decisión humanas, no es posible sostener que sin estas surja la entidad estatal que es efecto y no causa. El Estado podrá dar unidad política y jurídica a varias comunidades nacionales...pero no puede ser anterior a ellas. Primero existe el hombre y los grupos comunitarios y sociales que este compone y después la persona jurídica llamada Estado".³

Por último, la población es el elemento en el cual el Estado incide y operan sus fines trascendentes, es la destinataria de la actividad estatal, la cual sólo se justifica en la medida en que satisfaga sus necesidades sociales, provea a la solución de sus problemas y procure un mejoramiento en los distintos ordenes de su vida.

C. Poder Soberano o Soberanía.

No es posible, en efecto imaginarse al Estado ni concebir su implicación o consistencia sin los conceptos de "soberanía", "poder constituyente" y "poder público".

³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio; "Derecho Constitucional Mexicano" Ed. Porrúa, 9ª ed., México, D.F., 1994, pag. 99.

Mediante el poder soberano o soberanía, el pueblo se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico - política que se expresa en el ordenamiento fundamental o constitución. La autodeterminación obviamente excluye la injerencia de cualquier sujeto distinto del pueblo que pudiese imponer a éste dicha estructura, o sea, que el poder que tiende a esta finalidad no esta sujeto a ninguna potestad extraña a el pueblo ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de él este comprendido. Por ello se afirma que el propio poder es soberano, en cuanto que no esta sometido interior o exteriormente a ninguno otro.

De esta manera se dice que la soberanía tiene una doble dimensión: su cara interior, consistente en el derecho de autodeterminarse la facultad para reglamentar todo lo referente a su territorio, población y demás aspectos de la vida social, en su cara exterior, consistente en la independencia de cualquier otro orden estatal. La independencia mira principalmente a las relaciones internacionales; desde este punto de vista, el poder soberano de un Estado existe sobre bases de igualdad con relación a los demás Estados soberanos. En la medida en que un Estado se halla subordinado a otro, su soberanía se disminuye o desvanece.

En lo particular nos menciona el Maestro Ignacio Burgoa "La Soberanía es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada dentro de la sociedad humana que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se despliegan en su

seno por los diversos entes individuales, sociales, jurídicos, particulares o públicos que componen a la colectividad o se encuentran dentro de ella, debiéndose agregar que el Estado, como forma en que se estructura y organiza un pueblo, al adquirir sustantividad propia, al revestirse con una personalidad jurídica y política sui-generis, se convierte en titular del poder soberano, el cual, no obstante, permanece radicado real y socialmente en la nación. Para explicar estas consideraciones se debe recordar que la soberanía es única, inalienable e indivisible, sin que, por ende, existan " dos " soberanías, a saber, una imputable al pueblo ... y otra al Estado. Conforme a esta premisa, el Estado es soberano como persona jurídica en que el pueblo ... se ha organizado política y normativamente, residiendo su soberanía en su propio elemento humano. La soberanía estatal...se revela en la independencia de éste frente a otros Estados en cuanto que ninguno de ellos debe intervenir en su régimen interior, el cual sólo es esencialmente modificable o alterable por su mismo elemento humano que es el pueblo ... a los que corresponde la potestad de autodeterminación ".⁴

Cabe señalar que dentro del devenir histórico se ha llegado a localizar como titular de la soberanía; a Dios o al representante de Dios: el Papa, mas adelante se localizó en el Rey (con autorización del Papa).Después se pensó que residía su titularidad en el pueblo(tesis de Juan Jacobo Rousseau) en la nación(tesis de Manuel Sieyes);y con el advenimiento de la Revolución

⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio; *Ibidem*, pag.,242 y 243.

Soviética; en la clase social; con la llamada Soberanía Proletaria (tesis de Lenin).

El constitucionalismo Mexicano ha adoptado el pensamiento del ilustre ginebrino Juan Jacobo Rousseau, la soberanía es la misma "voluntad general" que reside en el pueblo y que constituye la fuente de la normación jurídica, primordialmente de la constitucional.

De la interpretación jurídica de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de 1917, se desprende que la radicación de la soberanía y por ende del poder constituyente, la imputa el primero de ellos al pueblo mexicano "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo..." se desprende del contenido de esta prevención, que su primera parte alude a la radicación popular de la soberanía, principalmente cuando emplea los adverbios esencial y originariamente. El primero de ellos implica que la soberanía es consubstancial y concomitante al pueblo, o sea, que éste tiene como atributo de esencia el ser soberano. Por otra parte, la palabra "originariamente" significa que es el pueblo quien en principio es la fuente de la soberanía, su único sujeto o dueño pero que, en atención a circunstancias de índole práctica, no puede desempeñarla por sí mismo, en cuya virtud delega su ejercicio en órganos por él creados expresamente en el derecho fundamental o constitución, los cuales despliegan el poder soberano popular en forma derivada; ya que "esa soberanía se ejerció mediante el congreso constituyente

que dio la constitución, la cual es desde entonces expresión única de la soberanía".⁵

En este orden de ideas; el artículo 41 en su primer párrafo nos menciona "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos..." y su numeral 49 en relación "El supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial ".En lo particular comenta el jurista Burgoa Orihuela "...se puede interpretarse...,según la acepción que se atribuya al concepto de "poder". Si éste se toma en su sentido correcto, que es el dinámico, a sea, como energía o actividad, la disposición transcrita, aunque impropia mente redactada, hace referencia al poder del Estado o poder público de imperio, el cual, siendo unitario, se desarrolla mediante las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, teniendo como fuente originaria la soberanía popular y siendo distinto de ella. Si a la idea de "poder", por otro lado, se imputa una connotación orgánica en cuanto que se le identifica con la de "órgano", la citada disposición expresa que es el pueblo, mediante el derecho fundamental o constitución ,quien crea o establece los órganos primarios del Estado. Parece ser que esta indebida equivalencia entre "poder" y "órgano" es la que consigna la segunda parte del artículo 39, si se toma en cuenta lo que establece el artículo 41 constitucional...,en el sentido de que el ejercicio de la soberanía se confía o

⁵ TENA RAMIREZ, Felipe; "Derecho Constitucional Mexicano",Ed. Porrúa,25a cd.,México, D.F., 1991, pag. 19.

deposita en los "poderes de la Unión" (los órganos federales) o en los de los Estados (los órganos locales)".⁶

D. Poder Público.

El Poder Público lo desempeña el Estado a través de sus órganos. Este poder no es soberano, puesto que se encauza por el orden jurídico fundamental que no deriva de la entidad estatal, sino que crea a ésta como persona moral. Ahora bien, como en el derecho primario o fundamental se apuntan los fines del Estado, se crean sus órganos de gobierno y se adscriben a éstos una determinada órbita competencial; rige primariamente toda la actividad estatal. Por consiguiente, esta actividad, que es el poder público de imperio del Estado, está subordinada a las normas constitucionales, las cuales a su vez, emanan de la soberanía que corresponde al pueblo.

De esta forma hay entre el pueblo titular originario de la soberanía y sus representantes un verdadero contrato de mandato. Puesto que el Poder Público se limitan a ejercer las funciones de aquella soberanía, a representar al pueblo como un mandatario de un mandante, pero no puede privar de la soberanía, que es lo que constituye la personalidad del pueblo.

⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *ob. cit.*, pag. 260 y 261.

Para que el Estado, ya creado por el orden jurídico fundamental o constitución como persona moral, es decir, como centro de imputación normativa sujeto de derechos y obligaciones, a través del cual el pueblo realiza sus fines sociales, culturales, económicos o políticos, satisface sus necesidades, resuelve sus problemas, cumple su destino histórico, el Derecho lo dota de una actividad, que es el poder público, que desarrolla en las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccional mediante un conjunto de órganos, establecidos en el estatuto creativo, que se denomina gobierno en el amplio sentido del vocablo. A cada uno de esos órganos, el orden jurídico señala una esfera de atribuciones o facultades -competencia- para que por su ejercicio se despliegue el poder público, traducido en una variedad de actos de autoridad, y que tiene como características sobresaliente la coercitividad o el imperio; ya que condiciona y somete a sus decisiones a todo lo que dentro de él existe, siempre dentro de la constitución o del orden jurídico secundario establecido mediante una de las funciones - la legislativa- en que tal poder se realiza.

E. Poder Constituyente.

El termino y la idea de "poder" entendido como actividad, fuerza, energía o dinámica y el adjetivo "constituyente " que indica la finalidad de esta actividad se manifiesta en la creación de una constitución que, como ordenamiento fundamental y supremo, estructure normativamente a un pueblo

bajo la tónica de diferentes y variables ideologías de carácter político, económico y social. En otras palabras, el poder constituyente es una potencia encaminada a establecer un orden constitucional, o sea, una estructura jurídica fundamental de contenido diverso y múltiple dentro de la que se organice un pueblo, se encause su vida misma y se normen las diversas y diferentes relaciones colectivas e individuales que surgen de su propio desarrollo.

Ahora bien para que el "poder constituyente " logre su objetivo necesita de tres características esenciales a saber: supremo, coercitivo e independiente. Su supremacía se traduce en que debe actuar sobre todos los otros poderes que se desarrollan individual o colectivamente dentro de una comunidad humana; su coercitividad se manifiesta en la capacidad de someter a tales poderes; y su independencia consistente en no estar subordinado a fuerzas exteriores o ajenas al pueblo para los que el citado poder establezca su estructura jurídica fundamental de contenido diverso y múltiple dentro de la que se organice un pueblo se encause su vida misma y se normen las diversas y diferentes relaciones colectivas e individuales que surgen de su propio desarrollo.

El poder constituyente pertenece al pueblo como aspecto teleológico inherente a su soberanía, no puede desempeñarse por su titular; es imposible física y psicológicamente que en todo el conjunto humano que representa se dé una constitución. Es por ello que se constriñe a depositar su ejercicio en un

cuerpo, compuesto de representantes populares, que se denomina Congreso o Asamblea Constituyente. Este último es el órgano a quien el pueblo ejerció o la actualización de dicho poder que se confía o entrega, y el segundo el poder constituyente la energía, fuerza o actividad soberana consistente en implantar el derecho fundamental y supremo que se expresa y sistematiza normativamente en una constitución.

F. Constitución del Estado o Orden jurídico fundamental.

De esta guisa la formación del Estado obedece a la integración sintética de sus diferentes elementos en un terreno lógico. El pueblo, al ejercitar su poder soberano de autodeterminación, decide, por conducto de sus representantes, organizarse jurídicamente en una persona moral o institución llamada "Estado". Es pues, la entidad jurídica - política en lo que el pueblo se estructura; y como la estructuración se establece por el Derecho, el Estado se crea por el orden jurídico fundamental o básico llamado constitución. Todas estas cuestiones están tratadas preceptivamente en la Constitución: su ingrediente humano -población-, de su base física o geográfica - territorio -, de la soberanía de su derecho fundamental, de su poder público, de sus órganos originarios y de sus fines; del Estado.

Es más, el origen del Estado, como entidad jurídico-política aparece en el momento en que se expide la constitución correspondiente, que lo genera,

organiza y establece sus atribuciones o competencias. En efecto, sin la ley fundamental que crea, organiza y rige el funcionamiento del Estado, éste no podría existir, por tanto, la constitución, es un elemento consubstancial del Estado.

II. Concepto de Constitución .

El concepto de "constitución " presenta diversas acepciones que han sido señaladas por la doctrina. Esta diversidad obedece a diferentes puntos de vista desde los cuales se ha tratado de definirlo. Puesto que la mayoría de los tratadistas de Derecho Constitucional, en lugar de ofrecer un concepto único de constitución, suelen adjetivarla para referirse a una pluralidad de acepciones; algunos alcanzan a describir los contenidos constitucionales y otros se limitan a realizar clasificaciones de la misma. Estas circunstancias evidencian que no existe unidad conceptual y que predomina la confusión sobre el estudio de la norma fundamental.

De esta manera para llegar a entender el concepto de constitución, expondremos su concepto semántico o gramatical y continuaremos con el material y formal de constitución, en forma muy breve las aportaciones de algunos tratadistas de Derecho Constitucional que aportan algunos elementos sobre el particular.

A. Concepto semántico o gramatical de constitución.

En su sentido gramatical se entiende por la forma de ser de algo, de una cosa material u objeto tangible, en su aspecto exterior. Se refiere a la esencia de un ente, de algo que es, que existe o que es susceptible de ser o de existir. En éste sentido el término prescinde de los elementos circunstanciales de un ser porque atiende al factor que lo hace ser lo que es y no otro. Por ejemplo, el hombre es un ser sicobiológico; significa, una constitución integrada con dos elementos imprescindibles de tal manera que si falta alguno no estaremos en presencia de un ser humano. La constitución del ser humano, componentes síquico y orgánico - es diferente a sus circunstancias o accidentes como el sexo, la estatura, el color de piel, etc. La variación de estos accidentes no altera la esencia o constitución que permite calificar a un ente como ser humano.

La locución tiene origen latino: *constitutio*, *constituere*, significan fundar, establecer, dar origen ,asentar algo o darle fundamento. Por lo que se refiere a los significados primarios de "*constitutio*", afirma el tratadista Rolando Tamayo que los más importantes son:

- a) Estado, postura, condición, carácter, constitución.

Así *constitutio corporis* (Cicerón): Estado del cuerpo, complexión. La forma de ser de algo.

b) Arreglo, disposición, orden, organización (como, por ejemplo, politeia, : así, Constitutio Reipublicae (Cicerón): La organización del Estado.

c) Norma, constitución, estatuto, ley, ordenanza. Así justum omne continetur natura vel constitutuione (M.F.Quintiliano): Lo justo se basa en la naturaleza o en la ley".⁷

De esta forma el sentido semántico se refiere al ser de algo, a los elementos fundamentales que lo forman, a su Origen y fundamento.

B. Concepto material y formal de constitución.

Al respecto comenta Kelsen, "La Constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas .La constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y ,especialmente, la creación de leyes".⁸

En otro apartado ratifica que la "constitución en el sentido material del término, que abarca las normas que regulen el proceso de la

⁷ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando; "Introducción al Estudio de la Constitución",Ed.UNAM,3a ed., México,D.F., 1989, pag.33.

⁸ KELSEN,Hans; ob.cit., pag.147.

legislación...también aquellas normas que regulan la creación y la competencia de los órganos ejecutivos y judiciales supremos".⁹

El autor citado se refiere a la materialidad de la constitución cuando en la misma se contienen los preceptos jurídicos relativos a los supremos órganos creadores del Derecho, lo que a su vez denomina como constitución material; y ya en sentido amplio, están las normas que mantienen las relaciones entre el poder estatal y los súbditos. La constitución en sentido formal se circunscribe a la función legislativa, distinguiendo entre legislación ordinaria y legislación constitucional. "La diferencia consiste en que la creación...de las leyes constitucionales, es más difícil que la de las ordinarias. Existe un procedimiento especial, una forma determinada para la creación de las constitucionales, diferente del procedimiento de creación de las ordinarias".¹⁰

El Maestro Enrique Sanchez Bringas, sintetiza las anteriores ideas de la siguiente manera:

"La constitución en sentido formal.- Es un documento solemne que presenta las características siguientes:

i)Únicamente se produce en los sistemas jurídicos de derecho escrito o legislado.

ii)Se integra con normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante un procedimiento especial destinado a dificultar esas modificaciones.

⁹ Ibidem, pag., 306 y 307.

¹⁰ Ibidem, pag.,146-148.

iii) Su contenido se compone de preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales (constitución en sentido material); aunque a menudo contienen otra clase de normas que no son propiamente constitución.

La Constitución en sentido Material.- Presenta los siguientes atributos:

i) Se produce en sistemas de derecho escrito o legislado y en los derecho consuetudinario.

ii) Representa el nivel más alto dentro del derecho nacional.

iii) Se integra con los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes".¹¹

Para el jurista Juan Antonio Martínez de la Serna entiende a la "constitución en sentido material aquella cuyo contenido normativo es reflejo de la realidad a la cual se dirige y en sentido formal a contrario sensu, la que no reúne las características anteriores y sólo se trata de un símbolo necesario para argumentar un Estado de Derecho".¹²

Podemos concluir que se entiende por constitución en su sentido material; el conjunto de normas jurídicas - políticas legisladas o consuetudinarias relativas exclusivamente al ejercicio y funcionamiento del poder del Estado. En sentido formal, es el conjunto de normas jurídicas - políticas legisladas, es decir elaboradas por el órgano constituyente fundamentalmente destinadas a

¹¹ SANCHEZ BRINGAS, Enrique; "Derecho Constitucional", Ed. Porrúa, 2a. ed., México, D.F., 1997, pag., 121.

¹² MARTINEZ DE LA SERNA, Juan Antonio; "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, México, D.F., 1983, pag., 15.

organizar y estructurar al Estado; es la que llamamos la constitución escrita. Se desprende pues, que el género es el concepto material y la especie el formal.

C. Carl Schmitt.

Este autor alemán publica en Berlín en el año 1928 su libro titulado "Teoría de la Constitución" bajo el régimen parlamentario de la constitución de Weimar, sostiene que la unidad de Reich alemán no tiene su base en los 181 artículos y en validez, "sino sobre la existencia política del poder del pueblo alemán". Distingue cuatro significados de constitución a saber: absoluto, relativo, positivo e ideal.

Schmitt, afirma que la palabra constitución reconoce una diversidad de sentidos, el más genérico es que todo lo imaginable puede tener una constitución. Por consiguiente hay que comenzar por limitar la palabra constitución a la constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. "En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la situación total de la unidad y ordenación política. Pero 'constitución' puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, si, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal. En ambos casos el concepto de constitución es absoluto, porque ofrece un todo (verdadero o

pensado). Junto a esto, domina hoy una fórmula según la cual se entiende por constitución una serie de leyes de cierto tipo. Constitución y ley constitucional recibirán, según esto, el mismo trato. Así, cada ley constitucional puede aparecer como constitución. A consecuencia de ello, el concepto se hace relativo; ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad, sino a algunos, varias, o muchas prescripciones legales de cierto tipo".¹³

1. Sentido Absoluto.

En éste sentido se entiende a la constitución como la totalidad de las relaciones sociales (estructura social) o normativas (el ordenamiento jurídico) existentes en un Estado, que hacen que éste sea lo que es. Es la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un Estado.

De esta manera éste sentido absoluto del concepto de constitución significa, la concreta manera de ser, resultante de cualquier unidad política existente, a todo Estado corresponde una unidad política y una ordenación social. En esta acepción el Estado no tiene una constitución, el Estado es la constitución; es la idea de la unidad política y la ordenación social. Alude a la realidad del Estado. Ve a esta realidad, tanto en su aspecto estático, cuando dice que la constitución es igual al Estado, como cuando afirma que la constitución es igual a la forma de gobierno o a la forma del Estado; se refiere, a una totalidad que se integra con cada una de las formas en que se lleva a

¹³ SCHMITT, Carl: "Teoría de la Constitución", Tr. Francisco Ayala, Ed. Revista de Derecho Privado, Serie c, vol. VIII, Madrid, 1934, pag., 3.

cabo el ejercicio del poder. El concepto atiende a la síntesis de las relaciones que se producen cotidianamente en una sociedad determinada, entre gobernantes y gobernados; en el matiz dinámico, la constitución, no es solamente una norma, sino también una realidad integradora del Estado, una fuerza que estructura al propio Estado. La constitución es el principio activo de un proceso dinámico de energías eficaces, un elemento del devenir del Estado, gobernantes que ejercen el poder y los individuos y las organizaciones que componen la sociedad.

La norma fundamental, es la "norma de normas". Es un sistema supremo de normas, es el principio ordenador que determina la unidad política y la manera de ser de una comunidad. "También es una totalidad pero en este caso implica una idealización; se idealiza el concepto de constitución, entendiéndola como sinónimo de todo el sistema normativo, como el mundo del deber ser".¹⁴

2. Sentido Relativo.

Dice Schmitt, que "la relativización del concepto de constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de constitución como un todo, se fija sólo el de ley constitucional concreta, pero el concepto de ley constitucional se fija según características externas y accesorias, llamadas formales".¹⁵

¹⁴ SANCHEZ BRINGAS, Enrique; *op.cit.*, pag., 108.

¹⁵ SCHMITT, Carl; *op.cit.*, pag., 13.

Así se designa como constitución en sentido formal precisamente a la constitución escrita y rígida, que contiene las prescripciones orgánicas sobre las autoridades más importantes del Estado, programas y directrices de carácter general, garantías de ciertos derechos y numerosas prescripciones particulares, que solamente han sido inscritas en la constitución porque se quiere sustraerlas del riesgo de su fácil mutabilidad, de su fácil reformabilidad.

La constitución se le entiende como la ley suprema del Estado, con categoría jurídica superior frente a las restantes leyes del orden jurídico, que siempre deben estar a cordes con los mandamientos constitucionales. "Constitución en sentido relativo significa un documento formal y solemne. Formal porque los principios y normas que rigen la organización del Estado de consagran por escrito y de manera integral. Solemne porque el documento no es confeccionado en cualquier momento ni por cualquier persona; aparece en una etapa histórica conyuntural y es producto de una asamblea-parlamento o congreso- constituyente integrada por personas que fueron electas para hacer el documento".¹⁶

3. Sentido Positivo.

La Constitución, -dice Schmitt- dentro de su sentido positivo, no es simplemente un conjunto de normas jurídicas: la constitución es en sentido positivo y ante todo, el conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta una comunidad. El orden jurídico queda condicionado por esas

¹⁶ SANCHEZ BRINGAS, Enrique, op.cit., pag., 108.

decisiones políticas fundamentales y se edifica sobre ellas; son los cimientos del orden jurídico de un Estado.

Así la constitución entendida como los principios que trascienden a las normas jurídicas, o el conjunto de decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Poder Constituyente para decidir acerca de la concreta situación del conjunto de una unidad política .

Por otra parte las leyes posteriores quedan determinadas y condicionadas por la constitución en su sentido auténtico o positivo, por las decisiones políticas fundamentales, que son las que integran verdaderamente la constitución. Estas solamente pueden ser modificadas o alteradas, por el poder constituyente.

De esta forma la constitución es el resultado de una serie de decisiones fundamentales. Para este autor el Derecho encuentra su fundamento en la voluntad y no en la razón, es decisión y no normatividad; "en realidad, una constitución es válida cuando emana de un poder constituyente y se establece por su voluntad. La palabra "voluntad" significa, en contraste con simples normas, una magnitud del ser como origen de un Deber-ser. Define al poder constituyente como la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo"¹⁷

¹⁷ SCHMITT, Carl, op.cit., pag., 86 y 10.

El Poder Constituyente, es la voluntad política que tiene la suficiente fuerza o autoridad para adoptar las decisiones políticas fundamentales que conforman el ser del Estado, su identidad, su organización y su dinámica. Esa voluntad política no es la de una persona determinada; el poder constituyente surge como una fuerza social que determina la organización del Estado.

4. Sentido Ideal.

En este constitución significa una estructura política adecuada a los principios rectores de determinada ideología. Es decir, una corriente ideológica concibe la estructura ideal de una constitución, que deviene así en su concepto ideal de constitución, como es fácilmente comprensible, existe un concepto ideal de constitución para cada ideología.

Así, por ejemplo afirma Schmitt-para el liberalismo burgés sólo es posible hablar de constitución cuando están garantizados y reconocidos los derechos fundamentales, la división de poderes y al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una representación popular. El factor determinante es la ideología de un grupo, asociación o partido político como ideal de organización del Estado de manera exclusiva y excluyente.

D. Fernando Lasalle.

La doctrina constitucional de Fernando Lassalle está contenida en el texto de dos conferencias que pronunció ante auditorios populares en el año de

1862. La primera de ellas es fundamentalmente, contiene su doctrina constitucional; ésta se titula : "¿Qué es una constitución?"; la segunda la denomina "¿Y, ahora?"; y la subtitula "¿Qué debemos hacer para formular una verdadera constitución? ¿en qué consiste la verdadera esencia de una constitución?.

Fernando Lassalle inicia su exposición preguntándose qué es la constitución y dónde localizamos su esencia. Afirma que la necesidad de describir la esencia constitucional impone la obligación de precisar su fundamentalidad.

El autor, se pregunta es lo mismo la ley en general y la constitución y se responde diciendo que la ley y la constitución pertenecen a un mismo género, en cuanto son al fin y al cabo reglas jurídicas que regulan conductas humanas; pero la constitución no es una ley cualquiera, sino una ley con fuerza superior a las demás leyes. "...una constitución no es sólo una ley entre tantas, es la ley fundamental del país".¹⁸

Y ¿en qué nos basamos -se pregunta Lassalle- para decir que la constitución es la ley fundamental de un Estado? Lassalle entiende porque constituye el cimiento fundamental de las otras leyes, ya que actúa como

¹⁸LASSALLE, Ferdinand ;"¿Qué es una constitución?", Tr.Manuel Acosta,Ed.Hispanicas,México,D.F.,1987, Pag.,34.

substrato de las demás leyes del país .Y no podría ser de otro modo, en ella descansan las bases de todo el sistema jurídico estatal.

El autor ve en los factores reales de poder la pieza que reúne los atributos de la fundamentalidad porque son la fuerza efectiva y activa, que condiciona a todas las leyes y disposiciones jurídicas de la sociedad de tal forma que en lo fundamental casi no pueden ser diferentes de lo que son. "Pero , en consecuencia, ¿que sucede con lo que habitualmente se denomina constitución, qué sucede con la constitución jurídica? Inmediatamente ustedes se dan cuenta que éstas relaciones de fuerza reales se inscriben en una hoja de papel, se les da una expresión escrita; y cuando son escritas ya no son los factores reales de poder, se han convertido en derecho, en disposiciones legales, en instituciones jurídicas, y quien las enfrenta atenta contra la ley y es ¡castigado!".¹⁹

Lassalle de esta forma distingue dos tipos de constitución; una social o real basada en la relación de las fuerzas reales de poder y la jurídica, "la hoja de papel". Considera que las relaciones reales de la fuerza social (factores de poder) se inscriben en una hoja de papel, se les da una expresión escrita y al hacerse esto, ya no son los factores reales de poder; son disposiciones jurídicas, el derecho. En consecuencia, la "hoja de papel" es buena y duradera cuando corresponda a la constitución social (los factores reales de poder) y cuando no corresponda se producirá un conflicto inevitable en que la

¹⁹ LASSALLE Ferdinand, op. cit. . pag., 47

constitución formal, la expresión normativa, será vencida por la realidad. De nada sirve, dice Lassalle, que en una hoja de papel se escriban cosas que no se ajustan a la realidad, a los factores reales del poder, porque, inevitablemente, tarde o temprano, sobre vendrá el conflicto.

De esta forma dice Lassalle concluyendo su exposición, los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho: son problemas de poder. La verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y las constituciones escritas, no tienen valor ni son duraderas sino cuando dan expresión real a esos factores reales de poder. "hacer una constitución no es llenando una hoja de papel con letras sino modificando las relaciones de fuerzas reales del país".²⁰

E. Hans Kelsen.

Desentrañando en lo particular, las ideas contenidas en su obra titulada la "Teoría General del Derecho y del Estado"; el autor afirma que el derecho es un orden, es decir, todo un sistema de normas jurídicas plurales unitarizadas. Para que la pluralidad de las normas jurídicas forme unidad, sistemática y ordenada, es necesario atribuirles a una norma única, como fundamento último de su validez; es decir, para que se unitaricen las normas jurídicas plurales dentro de un orden jurídico, es preciso que se parta del

²⁰ LASALLE, Ferdinand; *Idem.*, pag., 79.

supuesto de que una norma es válida jurídicamente en la medida en que deriva puntualmente de una norma superior, de una norma fundamental; ésta es la Constitución. Dice las normas valen, no en virtud de su contenido, sino por ser referibles a una norma fundamental; cualquier contenido puede ser derecho.

El anterior planteamiento es más complejo cuando analizamos la primera norma jurídica (la constitución); aquella que no deriva de otra norma y, sin embargo, de ella se desprende el resto de las normas que integran el sistema jurídico. De esta manera- afirma Kelsen -la validez jurídica de la primera norma debemos suponerla y no tratar de explicarla porque de hacerlo estaríamos apartándonos de nuestro objeto de estudio. Efectivamente, la validez de la primera norma, por no depender de una norma superior, sólo podría explicarse metajurídicamente a través de la historia, de la sociología o de la ciencia política, pero no del derecho ya que esa explicación corresponde al mundo fáctico, al del ser y no al del deber ser.²¹

Kelsen representa el orden jurídico como una pirámide invertida: el vértice, la base de esta pirámide invertida, es la constitución, la norma fundamental, la determinadora de los métodos generales de creación de las restantes normas jurídicas. La constitución tiene por objeto fundamental

²¹ Cfr. KELSEN, Hans, ob. cit., pág. , 129 y ss.

establecer los órganos que van a crear el derecho jerárquicamente inferior, y básicamente el órgano legislativo que va a producir la legislación.²²

Las normas jurídicas secundarias o inferiores, están subordinadas a la constitución, solamente son válidas si se han creado por el procedimiento de establecido en la constitución y su contenido : que puede ser positivo o negativo. Positivo; por ejemplo, el artículo 123 de la constitución mexicana, establece las bases mínimas que deberá contener la legislación ordinaria relativa a la materia del Trabajo. La legislación laboral para ser válida, no solamente deberá ser creada conforme al procedimiento establecido en la constitución sino, además, deberá contener y regular estas bases mínimas del derecho del trabajo que establece el artículo 123. En relación al sentido negativo, la constitución establece una serie de principios que no pueden ser vulnerados por las normas jurídicamente inferiores; por ejemplo no podrían preceptuar acciones contrarias a las garantías individuales, deberán respetar este límite que tiene el Estado frente a la libertad individual, y la norma podrá invalidarse por el procedimiento respectivo cuando contenga regulaciones que vayan en contra, que vayan más allá, del límite de las garantías individuales.

La constitución- dice Kelsen – además de establecer el procedimiento de creación del derecho y de establecer ciertas bases que determinan positiva o negativamente las demás normas del orden jurídico, establece también el

²² KELSEN, Hans; *Idem.* , pág. , 146 y ss.

procedimiento de sus propias reformas. La constitución determina, pues, como puede reformarse así misma.

F. Hermann Heller.

Este autor estructura su explicación a partir de dos conceptos y la dinámica que les caracteriza: normalidad y normalidad – deber ser y ser -. Considera que existen tres diferentes expresiones de constitución: a. Constitución como conocimientos de una realidad social, esto es, la comunidad humana percibida en su específica existencia. b. Constitución como expresión jurídica, entendida como el deber ser que reafirma y objetiva los valores de la comunidad. c. Constitución escrita, entendida como el documento solemne y formal.²³

En principio considera a la constitución como una realidad social. Postula que es una configuración actual de la cooperación humana, una ordenación de la organización y, en este sentido, la constitución puede ser estudiada no solamente por la ciencia jurídica sino también por la ciencia de la realidad. El concepto que Hermann Heller tiene de la constitución es, pues, un concepto no solamente jurídico, sino también sociológico. Concibe a la constitución no simplemente en forma estática, como el producto de una actividad social, sino en forma dinámica, como una actividad en sí misma.

²³ Cfr. HELLER, Hermann; "Teoría del Estado"; Tr. Luis Tobío; Ed. F.C.E. ,12ª reimpresión, México, D.F. , 1987, pag. 267 y ss.

La constitución, dice Heller, forma un todo en que aparecen, completándose reciprocamente, la normalidad y la normatividad, dentro de la normatividad, la normatividad jurídica y la normatividad extrajurídica (costumbre, moral, religión, urbanidad, moda). El derecho concluye Heller, es la vida social normal y normada.

El concepto de Heller respecto de la constitución rebasa lo puramente técnico – normativo, y concibe a lo jurídico como una realidad integrada por elementos tanto normativos como extranormativos, y a la constitución como una realidad social, como un todo integrado gráficamente por la constitución normal y la constitución normada.

Es importante siguiendo este orden de ideas distinguir los conceptos de normatividad y normalidad. La normalidad es el acaecer del Estado, de la sociedad; y la normatividad es la organización reglada de la normalidad.

Afirma el autor en comentario; que la diferencia entre la normalidad y la normatividad está en la necesaria valoración existente en la segunda. Los hombres matan con cierta regularidad, pero esto no se convertirá nunca en norma, por frecuente que ello sea: la prohibición de matar se apoya en la valoración de la vida humana.

De este modo, la normalidad, se convierte en normalidad normada cuando surge la afirmación positiva de un valor que hace ejemplar (obligatorio) dicho comportamiento: es así como el uso se convierte en costumbre.

Señala además que en la constitución del Estado la normalidad es dinámica y la normatividad es estática. Para que perdure la organización

deberà rehacer constantemente a tenor de la vida cambiante: la norma es forma abierta a través de la cual pasa vida.

Heller explica de la constitución como realidad jurídica destacada, consistente en un conjunto de normas, que normativizan una determinada porción de la vida constitucional. La constitución jurídica destacada es la objetivación de la vida político-social, y por eso solamente se aboca a normativizar una parte de la vida estatal normal. La constitución jurídica objetivada o destacada, es lo que permite la organización de un poder unitario dentro del Estado: en este sentido, ningún Estado puede dejar de tener una constitución como un concepto jurídico destacado ya que en todo Estado existe una serie de normas que se abocan a regular la estructura política básica de la sociedad (estructura del poder).

¿En qué consiste, pregunta Heller, la constitución escrita? La constitución escrita se propone comprender y establecer en un solo documento todas las instituciones y principios de un país, aunque, naturalmente, sólo las instituciones y principios políticos fundamentales.

El contenido de las constituciones modernas, nos recuerda Heller, consiste en la tendencia de la limitación jurídica objetiva del poder del Estado, y a asegurar esta limitación de los Poderes del Estado, tanto mediante el respeto a los derechos del hombre, como mediante un sistema que permita a los ciudadanos participar en el poder del Estado. Recuerda Heller al artículo famoso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que

dice que "no existe constitución en aquella sociedad en que no están garantizados los derechos del hombre y asegurada la división de poderes".

G. Otros Autores.

Para el jurista Mario de la Cueva; que se inclina por concebir la constitución dentro del ámbito del fenómeno social y político definiéndola así: "La constitución y el derecho son la expresión normativa de aquella parte de la vida humana que se dirige a la consumación de una convivencia social armónica y justa, o expresando con otras palabras: la constitución y el Derecho norman la conducta del hombre para la vigencia de la justicia en la vida social".²⁴

En otro apartado el mismo autor señala "La constitución vivida o creada es la fuente formal del derecho, y en verdad la única que posee el carácter de fuente primaria colocada por encima del Estado. Porque contiene la esencia del orden político y jurídico, por lo tanto, la fuente de la que van a manar todas las normas de la conducta de los hombres y las que determinan la estructura y actividad del Estado".²⁵

Para el tratadista Karl Loewenstein la constitución es "la totalidad de los principios y normas fundamentales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa-constitución en sentido espiritual, material-o bien

²⁴ CUEVA, Mario de la, "Teoría de la Constitución", Ed. Porrúa, México, .D.F. . 1982 Pag.248.

²⁵ Idem, pag. 58.

podrà estar contenida en un documento escrito- constituciòn en sentido formal".²⁶

Para el fundador de la teorìa general del Estado, George Jellinek estima que "la constituciòn abarca los principios jurídicos que designan a los òrganos supremos del Estado, los modos de su creaciòn, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acciòn, y, por ùltimo, la situaciòn de cada uno de ellos respecto del poder del Estado". Es de observar que este autor describe el contenido político de la constituciòn.²⁷

Para el maestro, Enrique Sánchez Bringas "La constituciòn es la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad".²⁸

El jurista Andrés Serra Rojas, nos menciona los temas fundamentales del Estado que deben de estar contenidos en la constituciòn tales como; "a) la formaciòn de la estructura gubernamental, es decir, la determinaciòn de los òrganos y la delimitaciòn de su esfera de competencias; b) la definiciòn de las relaciones entre el Estado, a través de los gobernantes y gobernados, por medio de una Declaraciòn de Derechos; c) los temas generales estructurales que se elevan al rango de constitucionales para su seguridad y permanencia".²⁹

²⁶ Citado por SANCHEZ BRINGAS, Enrique; op. cit. . pag. 128.

²⁷ Citado por BURGOA ORIHUELA, Ignacio; op. cit., pag. 317.

²⁸ SANCHEZ BRINGAS, Enrique; op. cit. , pag. 132.

²⁹ SERRA ROJAS, Andrés, "Teoría del Estado"; Ed. Porrúa, 11ª ed. ,México, D.F., 1990 pag. 387.

Para el jurista, Rolando Tamayo y Salmorán, trata de dar un concepto de Constitución que pueda incluir todos los tipos de constitución que existen y que es posible que existan, diciendo; "La constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico...De este concepto de constitución se infiere que todo orden jurídico tiene forzosamente una constitución, puesto, que si un orden jurídico existe, posee, necesariamente, un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico; normas que determinan las formas y procedimientos de la creación sucesiva del derecho. Por tanto, todo orden jurídico, del tipo que sea, con el régimen político que abrigue, de la ideología que sustente, tendrá siempre, necesariamente, una constitución. Las normas que la forman pueden constar por escrito, surgir por prácticas sociales o ser una combinación de estos procedimientos".³⁰

Para el maestro Miguel de la Madrid Hurtado; la constitución "es aquella que encaran la estructura de los órganos del Estado, en un documento único, que contiene las reglas jurídico-políticas fundamentales del mismo, define sus funciones y protege la libertad humana".³¹

Para el maestro Jorge Carpizo "La constitución real en un país de constitución escrita no es ni la realidad, ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren...asi, la constitución de un país es un eterno duelo entre ser y deber ser, entre realidad y norma. La

³⁰ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando; op.cit. pág. 277.

³¹ MADRID HURTADO, Miguel de la, "Elementos de Derecho Constitucional". Ed. Instituto de Capacitación Política, P.R.I., México, D.F. ; 1982, Pag. 23.

constitución un país es una perpetua adecuación entre un folleto y la vida ... no es ni ser ni deber ser, sino es ser deber-ser".³²

El tratadista Cotarelo, la Constitución se entiende " aquel conjunto de normas o instituciones jurídicas fundamentales que regulan la organización y el ejercicio del poder público estatal y garantizan los derechos de los individuos y sus grupos. Es un conjunto de normas e instituciones que se dicen fundamentales, pues se refieren:

"1.A la estructura básica del Estado, tanto desde el punto de vista de su organización territorial... funcional, es decir, de los distintos mecanismos los cuales se adoptan las decisiones políticas.

2. Los principios valorativos que inspiran toda esa organización y que señalan las metas que han de perseguirse con su actuación.

3.A la garantía y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuanto requisito indispensable para la perfección integral del hombre".³³

Estos disímiles conceptos de la palabra constitución no son sino el enfoque de aspectos diversos de una misma esencia. Sin duda las explicaciones aportadas por Schmitt, Lassalle, Kelsen y Heller, son en principio utilizadas por la doctrina del derecho constitucional en su pretensión de definir la constitución. Pero tal parece que los esfuerzos de la doctrina para desentrañar el significado de "constitución" nos alejan del objetivo. Cuando se

³² Citado por SANCHEZ BRINGAS, Enrique, op. cit., pag.131.

³³ Citado por SERRA ROJAS, Andrés; op.cit., pág. 384.

ha logrado un criterio jurídico-Kelsen- se debilitan sus posibilidades comprensivas al mantenerlo desconectado de la realidad y al no explicar la validez jurídica de la constitución. En otros casos, como en Lassalle, Schmitt y Heller, se desdeña el examen jurídico del fenómeno para restringirlo a los ámbitos de la sociología o de la ciencia política.

Pero ambas doctrinas deben guardar una estrecha relación, ya que toda la estructura del orden jurídico tiene un punto de partida y un punto de coincidencia que es la sociedad. Toda norma debe partir de la realidad social. Lo contrario conduce a un mundo de arbitrariedad y despotismo. Una norma se debe formular siempre con vista a una sociedad determinada, partiendo de ella y para beneficio de la misma. Se debe tomar en cuenta el modo de ser social de una comunidad, constituida por los elementos propios o naturales que comprende la totalidad de la vida social, en una composición interna de complejas realidades, formas de vida, de relación que le dan su propia fisonomía. Son estas las que señalan el camino y la base para formar sus normas.

En este orden de ideas, tiene validez lo que Lassalle expone sobre los factores reales de poder de una sociedad, lo que menciona Schmitt en la explicación de su concepto absoluto de constitución. Y es que una sociedad puede aniquilar un orden jurídico arbitrario o tiránico, u oponer fuertes valladares a la acción del Estado. En dos ocasiones el pueblo mexicano destruyó la idea de formar un imperio con Iturbide y con Maximiliano-, y el

mismo resultado daría si se pretendiera destruir nuestras instituciones básicas; -para Heller y Schmitt- las decisiones políticas fundamentales.

La constitución que llamamos formal jurídica o normativa, están contenidas las normas supremas de una organización, reflejando -dice Kelsen- "el mundo superior del deber ser", vista a través del pensamiento hecho norma, o del constituyente que se supone ha interpretado los anhelos populares (del ser, modo del ser y querer ser) .Nos dan el esquema del cuadro ideal de estructuras las más adecuadas para el cumplimiento de sus fines. Nunca una constitución jurídica nos puede dar la imagen integral de un pueblo, pero quizás en lo fundamental sí .

A pesar de su indudable y creciente formalismo, el concepto de constitución no es algo sin conexión con la realidad social, sino por el contrario, algo perfectamente vinculado con una situación social, concreta, que adquiere sentido dentro de esa realidad y que, por lo tanto, lo pierde cuando aquélla se transforma.

La constitución es la manera de existir, es entender que la estructura real de una sociedad, pueblo o nación, no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social; y que si la normatividad quiere tener vigencia, ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad subyacente."... la constitución no puede ser una ley, pero sí derecho; porque sino es Derecho, no se ve lo que tenga de constitución. La ley es un acto político, un acto de voluntad del legislador que pretende configurar de modo concreto y específico la realidad social; pero ésta tiene su consistencia y ofrece

resistencia a dejarse configurar; el legislador y la ley pueden no lograr su pretensión y quedar en mera expresión de una voluntad ordenadora fallida, sólo cuando logra su intento, alcanza a configurar la realidad social e introduce en ella un sistema efectivo de relaciones jurídicas; sólo entonces la ley crea derecho y se transforma en expresión de ésta. De lo contrario, la ley no pasa de ser un proyecto de ordenación social".³⁴

El jurista Alberto Trueba Urbina nos comenta que "cuando la constitución escrita difiere de la realidad social pierde su respetabilidad, aunque conserva su fuerza jurídica. Este desajuste conduce fatalmente a la dictadura, pues la constitución se convierte en instrumento de los gobernantes para oprimir al pueblo".³⁵

Toda norma jurídica tiene un contenido político o ideológico que debe ser estudiado por el derecho como contenido normativo, como la expresión específica que la sociedad hace a través de su orden jurídico.

En cada sociedad el contenido normativo es determinado por los valores sociales y políticos predominantes que son síntesis de la dinámica en que los grupos más vigorosos hacen prevalecer sus intereses ideológicos.

³⁴ FERNANDEZ - MIRANDA, Torcuato : "Estado y Constitución", Ed. Espasa- Calpe, Madrid, 1975, pag.276.

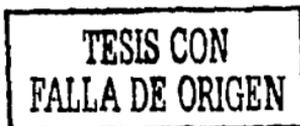
³⁵ TRUEBA URBINA, Alberto: "¿ Que es una constitución política- social?" Ed.Herrero, 2ª ed. México, D.F., 1954, pag.41.

Al considerar un concepto de constitución es necesario que se tome en cuenta una explicación jurídica que debe comprender las normas jurídicas; sin embargo no se debe desconocer el contenido ideológico y político de las mismas, porque solo así podemos entender la relación existente entre la "normatividad" y la "realidad". El examen de los órdenes normativos permite observar que es variable el contenido ideológico de las normas que integran cada uno. En el caso de la constituyente resulta más acentuado el contenido ideológico. Ya que una de las características de esa clase de formas es que establece los principios políticos de la sociedad en que se produce.

Es importante señalar que al fin y al cabo quien produce la constitución, quien logra su validez y quien participa en el proceso de positivización, es la población; seres humanos concretos que formulan juicios de valor sobre las ideas políticas y sobre el contenido de sus normas jurídicas. Cabe aquí la ilustración del Jurista Serra Rojas; "...la armonía constitucional se logra: 1. Creando normas relacionadas vitalmente con la naturaleza de la sociedad en que existen; 2. Haciendo derivar de esos principios el orden jurídico nacional, manteniendo la debida conexión y unidad; 3. Vitalizando las estructuras constitucionales por medio de la enmienda".³⁶

Hay que entender que si la constitución fuese simplemente un documento confeccionado en la soledad apacible de un gabinete o por un grupo alegado de la realidad e indiferente a su contextura misma, no dejaría de ser, como lo afirmó Lassalle, una mera "hoja de papel". Ya que la realidad

³⁶ SERRA ROJAS. Andrés; op. cit., pág. 384.



social le da sustento y vigencia efectiva; pues su evolución, renovación y revitalización jurídica, dependen directamente de las transformaciones de ésta. Una constitución no es tal por ser ley, sino por lograr informar la realidad como sistema de soluciones efectivamente establecidas en la realidad social.

Al respecto nos comenta el maestro Ignacio Burgoa; que "la constitución jurídico-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido puede o no reflejar la constitución real o la teleológica..., la vinculación entre la constitución real ... y la constitución jurídica-positivo..., es indudable, en cuanto que ésta no es la forma normativa de la materia normada, que es aquella". Menciona además que cuando no hay adecuación entre ambas esto provoca la ruptura del orden social, político y económico establecido normativamente. Ve en la vinculación la legitimidad o autenticidad de una constitución jurídico-positiva y en la inadecuación en su ilegitimidad o su carácter obsoleto.³⁷

Cabe comentar brevemente los términos: factores reales de poder, las decisiones fundamentales, la fundamentalidad y el principio de la supremacía constitucional.

Por lo que se refiere a los factores reales de poder ya hemos entendido que son los elementos diversos y variables que se dan en la dinámica social de las comunidades humanas y que determinan la creación constitucional en un cierto momento histórico y condicionan la actuación de los titulares de los

³⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio: op. cit. , pag.320 y 321.

órganos del Estado en lo que respecta a las decisiones que éstos toman en el ejercicio de las funciones públicas que tienen encomendadas.

Los factores reales de poder (la sociedad en su conjunto; los llamados "grupos de presión", los partidos políticos, los sectores obrero , campesino, industrial, burgués, profesional, universitario etc,) actúan con un conjunto de principios, que su objeto es, que se inserten en el ordenamiento jurídico fundamental del Estado, que es la constitución, es decir, para normativizarse como contenido dogmático e ideológico de ésta.

Por ejemplo en el proceso de creación de la constitución de 1917, que se inicia con la integración e instalación de la asamblea constituyente y concluye con la expedición de la constitución, suelen operar los diversos factores reales de poder; que es el caso del sector campesino y obrero que proclamaron sus principios y que insertaron las normas jurídicas que aseguren y fomenten sus intereses, expresados en el artículo 27 y 123 respectivamente.

Los factores reales de poder no solo han influido en la creación de la constitución, sino también en sus reformas sustanciales y en la actividad de los órganos del Estado. Por ejemplo los banqueros, industriales, empresarios, comerciantes inciden en los aspectos económicos, los partidos políticos, en el terreno político, en ámbito cultural los intelectuales, profesionistas, estudiantes en general; el clero y las organizaciones eclesíásticas o religiosas obviamente en el ámbito religioso.

En el caso de las decisiones fundamentales que pueden ser políticas, sociales, económicas, culturales, religiosas desde el punto de vista de su contenido, mismo que atribuye una cierta tónica ideológica aun cierto orden constitucional y marca los fines del Estado y los medios para realizarlos. Estas están en íntima relación con los factores reales de poder. Tales decisiones son los principios básicos declarados o proclamados en la constitución, expresando los postulados ideológicos-normativos que denotan condensadamente los objetivos mismos de los mencionados factores, en un momento histórico determinado. Es decir la juridización de los principios ideológicos de los factores reales de poder en un tiempo y espacio determinado.

Por ejemplo en la constitución de 1917 se plasman diversas decisiones fundamentales tales como el principio de soberanía popular, forma federal de Estado, adopción de la forma republicana de gobierno, la democracia representativa, supremacía del poder civil sobre la Iglesia, división o separación de poderes, institución de los derechos públicos individuales y sociales, institución del juicio de amparo, libertad y autonomía del municipio entre otras.

Por otro lado una de las cualidades de la constitución jurídica-positiva es la que se ha calificado como la "Ley fundamental del Estado". Se entiende así, que la constitución sea el ordenamiento básico de toda la estructura jurídica estatal, es decir, el cimiento sobre el que se asienta en sistema normativo de derecho en su integridad. Esto implica que sea también la "Ley Primaria", que expresa las decisiones fundamentales de que hablamos con antelación, siendo

al mismo tiempo la fuente creativa de los òrganos primarios del Estado, la demarcaciòn de su competencia y la normaciòn bàsica de su integraciòn humana. La fundamentalidad tambièn implica que sea la fuente de vàlidez formal, de todas las normas secundarias que componen el derecho positivo, conforme a la concepciòn Kelseniana, la base de la piràmide normativa. Como es bien sabido, esta piràmide se integra con las normas primarias o fundamentales, las normas secundarias o derivadas de caràcter general y abstracto (leyes) y las normas establecidas para un caso concreto y particular (decisiones administrativas y sentencias judiciales).

Lo anterior demuestra la perfecta simbiosis entre la realidad social, la dinàmica de las colectividades humanas, por una parte y el Derecho, orden jurìdico fundamental por la otra. Puesto que las normas juridicas, son susceptibles de llenarse son mùltiples contenidos que se localizan en la realidad social de un pueblo, como principios ideològicos, sistemas socio - econòmicos- politicos, religiosos o culturales, los cuales, sin su normatizaciòn jurìdica, no podrian aplicarse ni funcionar en la realidad. De ahì que la normatividad jurìdica-realidad social, econòmica, politica, cultural y religiosa, sea sntesis sobre la cual se debe edificar la organizaciòn fundamental del Estado expresada en la constituciòn. Que no sea una simple "hoja de papel" sino que sea un documento con alma, por el que transcurra espontàneamente la vida del pueblo hacia la consecuciòn de sus fines primordiales.

Ahora bien, atendiendo a que la constituciòn ,es la base misma de la estructura jurìdica del Estado que sobre las decisiones fundamentales se

organiza, debe autopreservarse frente a la actuación toda de los órganos estatales. Dicha autopreservación reside primordialmente en el principio de supremacía constitucional, que implica que la constitución al mismo tiempo es la base, lo fundatorio y la cumbre, lo insuperable, o sea el ordenamiento "cúspide" de todo el derecho positivo del Estado, situación que la convierte en el índice de validez formal de todas las leyes secundarias u ordinarias que forman el sistema jurídico estatal, en cuanto que ninguna de ellas debe oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones constitucionales; a razón de declararse, carente de "validez formal", "nula", "inválida", "ineficaz" por la vía jurisdiccional o política que cada orden constitucional concreto y específico establezca.

Después de lo anterior expuesto podemos concluir desde de nuestro punto de vista que la constitución es un elemento consubstancial del Estado; documento fundamental jurídico-político solemne y formal, emitido en virtud de la inalienable soberanía del pueblo, tendiente de proteger la libertad y los derechos fundamentales de los individuos y sus grupos, en el que se expresan las Instituciones jurídicas y decisiones fundamentales; se precisan los órganos de poder, determinando sus perspectivas atribuciones, formas de colaboración y controles recíprocos; regulando además los procedimientos de participación democrática; los valores que debe proteger el Estado y la forma de controlar la legalidad de los actos de los gobernantes.

III. Partes de la Constitución.

Prescindiendo de su contenido ideológico, la constitución escrita ha tenido a través del devenir histórico un contenido normativo diverso, en principio se pensó que debía ser exclusivamente político, en el sentido de que sólo debía ocuparse de la organización del Estado, o sea, de establecer sus órganos primarios, de demarcar su respectiva competencia, de señalar los lineamientos básicos de su funcionamiento y de proclamar la forma estatal y la forma gubernativa. Más adelante con el advenimiento de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, su contenido incluyó un catálogo de derechos humanos. En la actualidad se ha pensado también incluir y se ha incluido en su contenido aspectos sociales o derechos sociales. "Los presupuestos de una nueva definición de la constitución tienen que englobar no sólo las formas de integración política, sino de integración social originadas por las divisiones estructurales de la sociedad humana. Así, pues, la constitución tiene que definirse como regla de organización política del Estado e instrumento de integración económico y social".³⁸

La clásica distinción de la estructura normativa de la constitución, comprende dos partes importantes: la parte dogmática y la parte orgánica. La parte dogmática es aquella parte de la constitución que hace relación a los derechos en general, condiciona la situación del individuo frente al Estado. La parte orgánica de la constitución precisa los fundamentos jurídico-políticos del Estado, determina los órganos del Poder Público y fija las estrictas

³⁸ TRUEBA URBINA, Alberto; op.cit. , pag.,32.

competencias dentro de las cuales desarrollarán sus funciones y las relaciones que retienen los órganos del Estado entre sí.

La mayoría de las constituciones responden a la estructura formal anteriormente señalada; quizás algunas contienen sendas declaraciones de derechos, otras en cambio más breves o generalizadas, "La que tiene una dogmática más detallada es... la italiana, y en ella por cierto, se apunta una distinción entre los derechos del hombre como individuo y aquellos otros, que le corresponde en función de los grupos sociales en que está inmerso".³⁹

El maestro Felipe Tena Ramírez al exponer la llamada parte dogmática de la constitución nos da una clasificación diciendo "Tales derechos se clasifican ... en dos categorías: derechos del individuo aislado y derechos del individuo relacionado con otros individuos. Todos son derechos de la persona frente al Estado, pero la primera categoría comprende derechos absolutos, como la libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias, etc.; en tanto que la segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la espera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales requieren la intervención ordenadora y limitadora del Estado, como la libertad de cultos, la de asociación, la de prensa, etc."⁴⁰

IV. Las Garantías Individuales.

A. Concepto.

³⁹ SERRA ROJAS, Andrés; op. cit. . pag.400.

⁴⁰ TENA RAMÍREZ; Felipe; "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, 25a ed., México, D.F., 1991, pag.23.

Indudablemente que todas las constituciones del mundo consagran en más o menos grado, con mayor o menor amplitud los derechos del hombre, bajo la forma de un catálogo o una declaración.

En todo Estado se han incorporado en su sistema jurídico, las prerrogativas fundamentales del hombre denominadas Derechos del Hombre o Garantías Individuales; para lo cual se han tomado tres puntos de vista: el primero que considera que los derechos del hombre son inseparables por naturaleza y referentes a su personalidad, y que por lo tanto son superiores y con nacimiento anterior a cualquier organización social; por lo que al constituirse el Estado debe de respetarlos e incluirlos a su ordenamiento jurídico.

El segundo punto de vista derivado del anterior, expresa que si los derechos del hombre son inherentes a su persona, y anteriores a toda organización social, de todas maneras no tendrían validez, si por el acto soberano del Estado, no les diera su reconocimiento.

El tercer punto de vista sostiene que el individuo por sí solo no tiene que oponer ningún derecho al Estado, que después de constituido, es la manifestación política y jurídica de la organización del pueblo. Sin embargo, como uno de los fines del Estado, es proporcionar el bienestar y la felicidad a los integrantes de la sociedad, se preocupa por otorgar, por consagrar los derechos y prerrogativas a los integrantes de esas sociedades.

En la constitución mexicana de 1917; para designar los derechos humanos, se emplea el término de Garantías Individuales, basta asomarse al

Titulo Primero, Capitulo I, para encontrar: "De las Garantías Individuales", rubro con que se designa la parte dogmática de la constitución, que contiene la mayor parte de derechos humanos, que nuestra constitución vigente otorga en favor de los gobernados.

Veamos que el término "Garantía", tiene amplia significación, pues es la acción de proteger, defender, salvaguardar, asegurar. Se emplea como sinónimo de asegurar, proteger y respaldar. En el derecho privado, fue en donde se empleó originalmente, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Tan es así que en el Código Civil, encontramos tres tipos de garantías, como lo son: la hipoteca, fianza y la prenda.

En el derecho público, el término ha sido manejado para designar, seguridad, protección, respecto, respaldo, en relación a una serie de derechos que los autores de la constitución consideran como básicos y esenciales, para el desenvolvimiento, convivencia pacífica, ordenada y progresista de los gobernados, que se encuentran habitando el territorio nacional. "Parece ser que la palabra 'garantía' proviene del término anglosajón 'warranty' o 'warantie', que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (towarrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a 'aseguramiento' o 'afianzamiento', pudiendo denotar también 'protección', respaldo, 'defensa', 'salvaguarda' o apoyo".⁴¹

⁴¹ BURGOA ORIHUELA Ignacio; "Las garantías individuales", Ed. Porrúa, 28ª ed., México, D.F., 1996, Pág. 161.

En lo que se refiere al término individualista, es una expresión que encontramos frecuentemente en uso, en el siglo pasado, proveniente de la filosofía e ideas políticas, individualistas; innegablemente posee sentido muy limitado, ya que el hombre es un ser social por naturaleza, y le es innato que sus derechos sean al mismo tiempo sociales e individuales, por ambas características son acordes a la naturaleza del ser y del existir en los seres humanos.

Hemos mencionado que la Constitución Vigente, para designar los Derechos Humanos, emplea el término de Garantías Individuales; y en este apartado (Titulo Primero, Capítulo I) se encuentran varios preceptos de manera expresa, y a veces detalla, determinan los derechos que teóricamente se designan como derechos del hombre o derechos humanos, y que nuestra constitución admite; porque no debemos entender que los individuos tienen tales derechos meramente porque la propia constitución se los otorga; la Constitución no otorga derechos sino los reconoce, pues los derechos del hombre, no provienen de ley alguna, sino directamente la calidad y los atributos naturales del ser humano. Los derechos humanos o del hombre, en términos generales se entienden como el cúmulo de facultades o cualidades de actuar o disfrutar que se reconocen como exigencias inherentes a la dignidad humana, cualidad intrínseca del hombre que brota de su naturaleza viva, como ente racional, social, moral, cultural, sexual, ideológico, y espiritual, sean cuales fueren sus condiciones étnicas, geográficas, económicas o políticas. Y

por ello anterior y superior a cualquier legislación positiva; que el Estado debe de garantizar, de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos.

Los Constituyentes de 1916-17 no tenían ninguna idea de alterar, en un sentido u otro, la naturaleza de los derechos del hombre de la Constitución de 1857; su precedente inmediato del artículo primero de la Constitución Vigente que se lee: "En los Estados Unidos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece". Por su parte la Constitución de 1857 en su artículo primero siguiendo la corriente jusnaturalista, hablaba de que: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución". Es decir, consideraba que dichos derechos son naturales y preexistentes a la ley que sólo se limita a reconocerlos. Así también se desprende de la lectura de dictamen de la Comisión presentada en el Congreso Constituyente de 1917 sobre el artículo primero que reza: "Comenzando el estudio del proyecto de constitución presentado por la Primera Jefatura, la Comisión es de parecer que debe aprobarse el artículo 1º., que contiene dos Principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja de una manera especial, como que son la base de las instituciones sociales. El primero de esos principios, es que la autoridad debe

garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República. El segundo es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución".⁴²

En efecto se ha pensado ver en la redacción de nuestro actual artículo primero constitucional un cambio de ideas respecto al de 1857. sin embargo, en el fondo la idea de este artículo es la misma que en 1857, con una diferencia: nuestra actual norma fundamental ya no expresó la idea de los derechos del hombre. Basta observar la similitud que hay en los contenidos de las declaraciones de 1857 y 1917.

Además, en el Congreso Constituyente de 1916-17 no se negó la idea de los derechos del hombre. Su concepción aunque evolucionada, es la misma que ya la teoría y práctica constitucional mexicana habían aceptado.⁴³

Es de hacer notar que lo que entendieron los Constituyentes del '57 y del '17 tienen un mismo contenido Derechos Humanos, aunque uno lo llama Derechos del Hombre y otro Garantías Individuales. Así nos lo aclara el jurista Alfonso Noriega Cantu cuando menciona "Pero el hecho indiscutible es que todos ellos, desde Carranza hasta el más modesto de los constituyentes, sentía... la existencia de unos derechos llamados naturales y que eran parte misma del hombre; que les correspondían, como patrimonio, en su calidad de seres humanos, y que aún más, estos derechos se referían precisamente a partes específicas de su actividad, que se les debía reconocer, asegurar y

⁴² DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE QUERETARO 1916-17, Tomo I, L.IV Legislatura de la Cámara de Diputados, Ed. Facsimilar, México, D.F., 1989, pp. 421-422.

⁴³ Cfr. *Idem*, pp. 421-433.

proteger, porque estas formas de la actividad del hombre eran aspectos - manifestaciones- de su libertad..."⁴⁴

Es preciso indicar que el término que se ha llegado a imponer de forma general en la actualidad para designar a los derechos fundamentales del hombre es el de "Derechos Humanos", que, procedente del ámbito internacional y de los instrumentos arbitrados a este nivel para la protección y defensa, ha ido consolidándose tanto en el lenguaje jurídico como en el vulgar tan es así que a través de ésta denominación se les da a los organismos creados en México, para la defensa, vigilancia y salvaguarda de las garantías constitucionales; tal es el caso de la creación de la "Comisión Nacional de los Derechos Humanos", en cuyo decreto de creación, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de junio de 1990; el Presidente Carlos Salinas de Gortari, expresa: "Que es obligación del Estado mexicano preservar el orden, la paz y la estabilidad social del país, salvaguardando el pleno ejercicio de las garantías individuales y la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las atribuciones de los órganos del gobierno".

Para tal efecto, en el artículo segundo del mencionado decreto se establece: "La Comisión Nacional de Derechos Humanos, será el órgano responsable de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respecto y defensa a los derechos humanos...".

⁴⁴ NORIEGA CANTU, Alfonso: "La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917", Ed.UNAM-Coordinación de Humanidades, México, D. F., 1967, pp.96-97.

Siguiendo las líneas anteriores el artículo 102 apartado "B" de la Constitución Vigente estatuye : "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos...".

Es de observar que se equivale la terminología de los conceptos de Garantías Individuales del Título Primero, Capítulo I y Derechos Humanos del artículo 102 Apartado "B" de la Constitución que actualmente nos rige. Quizás este último término (Derechos Humanos) redundante, ya que todos los derechos son humanos, sea utilizado desde el punto de vista constitucional para denominar lo que ahora conocemos como garantías individuales, porque el uso y aplicación de tal expresión tiene una vigencia y aplicabilidad, sumamente actual y universal, pues se le da un sentido específico en relación a los derechos fundamentales y esenciales del ser humano.

Nosotros creemos sin embargo que el término utilizado por la constitución vigente "Garantías Individuales", que se sustentó en base de una filosofía e ideología política llamada "individualismo"; pero que hoy en día se ha superado está tesis, pues ahora se habla de los Derechos Sociales, es por ello que coincidimos con algunos autores en llamar a esa parte dogmática de la

constitución como el "De las Garantías Constitucionales",⁴⁵ en el sentido amplio de derechos públicos subjetivos fundamentales, ya que no sólo comprenden a los individuos, sino a toda persona física o moral, y no sólo salvaguardan los derechos del individuo aisladamente considerado, sino que su contenido abraza los derechos que le corresponden en función del grupo o clase social en que está inmerso y que reconoce la propia constitución, en su artículo 27, en favor de los campesinos, en el artículo 28, respecto de los consumidores, en el 123, que regula los derechos sociales de los trabajadores y el 4o, en favor de los pueblos indígenas. Todos éstos que en justicia corresponden al hombre en sus distintas relaciones sociales, como igual a todo aquél que requiriendo el auxilio o la ayuda de la comunidad, tiene el derecho para llevar una existencia digna, plena de bienestar y que, en consecuencia, impone el deber del Estado, de asegurar que así sea, pues en sus términos, como sucede con las llamadas garantías individuales o derechos humanos se hayan en un mismo punto de partida e igual destino: el hombre mismo y el respeto a su dignidad y libertad.

Sin embargo, debemos reconocer que si la ley constitutiva no reconoce ni garantiza ningún derecho del hombre, tales derechos resultan meras concepciones teóricas, sin aplicación práctica, "...hay que tener en cuenta que éstos solamente pueden ser considerados auténticos derechos en el sentido técnico-jurídico del término, cuando se encuentran reconocidos en una norma jurídica de derecho positivo; mientras esto no ocurra sólo nos encontramos

⁴⁵ Véase. SAYEG HELU, Jorge: "Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano". Ed. Porrúa, México, D.F., 1987, pp 137-145 y CASTRO, Juventino V.: "Garantías y Amparo". Ed. Porrúa, 9a ed. México, D.F., 1996, pp.3-32.

ante valores, intereses, objetivos y deseos humanos más o menos necesarios, importantes o fundamentales".⁴⁶

Al admitir que los Derechos Humanos existen y los posee la persona independientemente que se reconozcan o no por el derecho positivo, sin exigir su reconocimiento por parte de una norma, es una verdad a medias e insuficiente desde el punto de vista de la efectividad y ejercicio de los derechos fundamentales del hombre. Deben para su real eficacia ser reconocidos, protegidos, y garantizados, por medio de un determinado ordenamiento jurídico positivo, que le permita al hombre el desarrollo de su plena realización de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social.

De poco sirve las declaraciones de los derechos humanos fundamentales si no van acompañadas de las garantías, de orden jurisdiccional y procesal, que promuevan la efectiva realización de los mismos, pues al quedar consagrados en el texto constitucional los principales medios procesales a través de los cuales puede reclamarse la protección de éstos.

Así lo entiende el jurista Héctor Fix Zamudio, cuando menciona que las garantías de los derechos del hombre son los medios procesales por conducto de los cuales es posible su protección y eficacia. Sólo deben considerarse como medios adecuados a la tutela de los derechos humanos el Habeas

⁴⁶ TERRAZAS, Carlos R. ; "Los Derechos Humanos en las constituciones Políticas de México", Ed. Miguel Angel Porrúa, 3a ed., México, D.F., 1993, pag.38.

Corpus, el juicio de amparo, el mandamiento de seguridad, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes que contradigan los propios derechos.⁴⁷

El tratadista Sánchez Viamonte menciona al respecto "Sólo merece el nombre de garantía la institución jurídica que constituye el amparo máximo de un derecho...Garantía es, pues, el amparo o protección jurídica que la sociedad ofrece al individuo para asegurar la efectividad de un derecho ... consistente, siempre, en una acción judicial".⁴⁸

De esta forma en los casos en que se esté violando flagrantemente las garantías individuales o derechos humanos, a una persona, esta puede ocurrir al juicio de amparo, para que se le restituya el goce de la mismas. Así pues, en nuestra Carta Magna Fundamental están consagrados los derechos humanos de que, debe gozar y disfrutar toda persona; y como vigilancia para que se cumpla; tenemos los artículos 103 y 107 constitucionales, base de la Ley de Amparo, que no solamente se concreta a la vigilancia y a su cumplimiento, sino que en caso de ser violadas, son restituidas.

De esta forma el término " garantía ", implica que los derechos humanos, consagrados en la constitución, se encuentran, resguardados, protegidos, salvaguardados por un instrumento eficaz, que el mismo texto fundamental establece, como lo es el juicio de amparo. El jurista Polo Bernal menciona "En un intento por conceptualar... garantías individuales, nos atreveríamos a decir

⁴⁷ Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor: "Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos", Ed. Miguel Angel Porrúa, México, D.F., 1988 pp. 55 y ss.

⁴⁸ Citado por PADILLA, Miguel: "Lecciones sobre derechos humanos y garantías", Ed. Abeledo- Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, 1993, pag. 12

que son los atributos inherentes a la persona humana, en virtud de su propia realidad, racionalidad y sociabilidad, que el orden jurídico constitucional debe reconocer, respetar, proteger y asegurar mediante instrumentos de índole diversa, pero sobre todo jurídico procesales como garantías de ellos, de la libertad, y dignidad del hombre, y como cauces para el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo a su propia y natural vocación, individual y social y de su participación social y política".⁴⁹

Así la garantía consiste en asegurar la efectividad de algún derecho. Es "Todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho";⁵⁰ su protección y eficacia. Menciona el jurista Jorge Carpizo "... Existen derechos del hombre que el pueblo mexicano reconoce, pero este mismo pueblo, al darse su constitución establece cuáles y en qué medida,... y por esto es que ordena a las autoridades respetar y proteger los derechos que la constitución reconoció"..⁵¹

Resulta así que puede establecerse un doble concepto de los derechos del hombre: uno material, que se refiere a los derechos humanos en sí mismo considerados, como obra de la naturaleza y con independencia de todo reconocimiento por parte del Estado; y otro formal, por cuanto que no habrá más derechos humanos que los que expresa y limitativamente reconozca el Estado en su constitución.

⁴⁹ POLO BERNAL, Efraín; "Breviario de garantías constitucionales", Ed. Porrúa. México, D.F., 1993, pag. 2.

⁵⁰ MONTIEL Y DUARTE, Isidro A.; "Estudio sobre garantías individuales", Ed. Porrúa, 5ª ed., México, D.F., 1991, Pag. 26.

⁵¹ CARPIZO, Jorge; "La Constitución Mexicana de 1917", Ed. Porrúa, 9ª ed., México, D.F., 1995, Pag. 140.

Atendiendo a la positivación de los derechos humanos en virtud de la cual esta clase de derechos, al margen del debate filosófico acerca de si son derechos naturales; se han ido incorporando al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones Políticas de éstos, lo cual ha venido a suministrar a los derechos humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, favorece también su mayor efectividad.

Anteriores o no al derecho positivo, esto es, al derecho creado o producido por actos de voluntad del hombre más o menos deliberados y conscientes, según los casos; superiores o no a ese mismo derecho positivo; configurados o no, antes que en el derecho positivo, en algún derecho natural o en exigencia éticas que se estimen insoslayables, lo cierto es que, como producto de la positivación de los derechos humanos se han incorporado hoy a buena parte del derecho de los Estados, lo cual junto al proceso de internacionalización de estos mismos derechos permite hoy que podamos hablar con propiedad de un auténtico derecho positivo de los derechos humanos.

Esta consagración jurídica-positiva de los derechos humanos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad, para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales o del Poder Público; considero que los convierte en derechos públicos subjetivos, que se aseguran o perseveran por las garantías establecidas por la constitución o por la ley. Son derechos públicos, porque estando incorporados a la constitución, se instituyen para

beneficio de las personas y como limitación en el ejercicio de la actividad de los órganos del Estado, implican necesariamente una relación entre el titular de ellos, esto es, todo gobernado, y el obligado a acatarlos, es decir, todo órgano del Estado. Son derechos subjetivos, porque dan una acción personal a las personas para lograr que los órganos del Estado respeten esos derechos garantizados, cuando hayan sido violados o desconocidos.

El Maestro Ignacio Burgoa explica precisamente su concepto de garantías individuales como la relación de supra a subordinación, de la que surge el llamado derecho público subjetivo del gobernado.

Dice el autor en comento, que en toda estructura estatal pueden producirse tres tipos de relaciones normativas: las de coordinación, las de supraordinación y las de supra a subordinación. Las primeras son vínculos que se establecen entre los mismos gobernados limitando la actividad que recíprocamente desarrollan. Las segundas se establecen entre los diversos órganos del poder y norman la actuación de cada uno de ellos. Y las relaciones de supra a subordinación surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano o bien en posición; es decir, entre el Estado y sus órganos de autoridad por un lado, el gobernado por el otro.

De las tres clases de relaciones; el acto de autoridad y las garantías individuales o como el autor los llama derechos del gobernado encuentra sus explicaciones en la tercera. El acto de autoridad, porque el Estado, la autoridad o uno de sus agentes lo emite con tres características: unilateralidad, imperatividad y coercitividad y porque va dirigido a algún gobernado. En este

caso, el sujeto activo de la relación de supra a subordinación es la autoridad y el pasivo es el gobernado. La garantía individual también pertenece a esta relación, pero en esta perspectiva se invierten las posiciones de los sujetos. El activo es el gobernado que a través de su derecho obliga al sujeto pasivo que es el Estado y sus órganos de autoridad. El gobernante es la persona jurídica que tiene la posibilidad de emitir un acto de autoridad y el gobernado es la persona jurídica susceptible de ser afectada por un acto de autoridad con sus características ya mencionadas.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de los " derechos del gobernado " consiste en que son derechos subjetivos públicos; porque la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respecto a las prerrogativas fundamentales es del hombre, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público; dicha potestad es un derecho, esto es, tiene el calificativo de jurídico porque se impone al Estado y a sus autoridades; o sea, estos sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual, están obligadas a respetar su contenido , el cual se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano para el cabal desenvolvimiento de su personalidad.

Se podría entender la garantía individual como una relación jurídica que existe entre el gobernado como persona física o moral por un lado, y el Estado y sus autoridades por el otro (sujeto activo o pasivo), en virtud de la cual surge para el primero el derecho de exigir de los segundos una obligación positiva o negativa, consistente en respetar las prerrogativas fundamentales de que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad (objeto),

relación para que éste obtenga la felicidad a que tiene derecho para cumplir un fin en la vida cuya fuente formal es la constitución.

Así el jurista Burgoa, expone su concepto de garantía individual mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

"1. Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).

2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).

3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

4. Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental (fuente)⁵²

B. Clasificación de las garantías individuales.

Siguiendo la terminología que utiliza nuestra Carta Magna, clasificaremos las garantías individuales en su forma tradicional, en donde que suelen utilizar un sistema de agrupamiento, que comprende a las garantías individuales en los siguientes apartados generales: garantías de igualdad, garantías de libertad, garantías de propiedad y de seguridad jurídica. De igual manera si se atendiese al contenido del derecho subjetivo público generado por la relación jurídica en que se dijo se manifiesta la garantía individual; en

⁵² BURGOA ORIHUELA, Ignacio ;"Las Garantías Individuales". Ed.Porrúa, 28a ed. México,D.F.,1996,pag.187.

otras palabras, si tomamos en consideración el objeto de protección de ésta, consistente precisamente en oponer a las autoridades estatales el respeto y la observación de diferentes esferas jurídicas. "Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observación de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste".⁵³

1. Garantías de Libertad.

Dentro de esta clasificación, las garantías que se contienen en los artículos 3o, 4o, 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10o, 11o, 16o, 24o, y 28o de la constitución vigente, pueden encuadrarse en el grupo denominado "garantías de libertad". Así se estatuye la libertad de cátedra e investigación y libre examen y discusión de las ideas, en las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, la libertad de procreación, de ocupación, de expresión, de imprenta, de petición, de creencia, de concurrencia, de reunión y asociación, de posesión y aportación de armas, de tránsito y domicilio, de registro de la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, de comunicaciones privadas, de comunicación por correo, entre otras.

⁵³ BURGOA ORIHUELA Ignacio, *Idem.*, pag. 194.

2.Garantías de Igualdad.

Las Garantías de Igualdad, que prohíben la discriminación de los seres humanos y pugna por el trato digno del hombre y por su igualdad ante la ley .Los localizamos en los artículos 1o, 2o, 4o, 12o, y 13o, constitucionales. Así se proclama, la prohibición de la esclavitud, de la discriminaciones basadas en el sexo, de los títulos nobiliarios, de fueros y privilegios, de no procesar por leyes privativas o tribunales especiales.

3.Garantías de Propiedad.

Las Garantías de Propiedad, entendiéndose por ésta el derecho que determina la pertenencia de un bien en favor de una persona y la facultad a usarlo, disfrutarlo y disponer de él libremente. De esta manera, el titular de ese derecho puede dar a su bien el uso que desee; obtener de él los frutos naturales o civiles que estime pertinentes y donarlo, gravarlo o enajenarlo cuando sea su voluntad. El artículo 27 constitucional contempla tres tipos de propiedad y define las reglas que los regulan : la privada, la social y la pública.

4. Garantías de Seguridad Jurídica.

Las Garantías de Seguridad Jurídica en esta materia, la constitución establece diferentes reglas que los gobernadores deben cumplir cuando en el ejercicio de una atribución afecten la esfera jurídica de los gobernados. Comprenden las siguientes modalidades: en general, obligan a todas las autoridades que estén en posibilidad de producir actos de molestia y de privación. En especial la garantía de que no se aplique leyes retroactivas en perjuicio de los gobernados; la de audiencia previa a cualquier acto de

privación que tenga como fin último ser definitivo, la exacta aplicación de la ley en materia penal, la de legalidad en materia judicial, civil, mercantil y por extensión jurisprudencial en lo administrativo, fiscal y laboral, los requisitos que deben contener las órdenes judiciales de aprehensión, de cateos, órdenes y actas de visita de las autoridades administrativas y fiscales, de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, a que el juez de la causa puede decretar la prisión preventiva si se apoya en un precepto que señale hechos delictivos y que contenga una penalidad corporal, las garantías del indiciado, procesado; lo referente al régimen carcelario mexicano, y demás. Consagradas en los artículos 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, y 23º, de la Carta Magna.

C. Libertad de Expresión.

Es de observar que dentro de la clasificación tradicional de las llamadas "garantías individuales", se encuentran en el rubro de las garantías de libertad, la llamada libertad de expresión consagrada en el artículo sexto constitucional; reconocida y protegida esta libertad de expresión se adhieren las características de supremacía, porque la tiene instituida nuestra constitución, es nuestra máxima ley, y por tanto tiene la preeminencia definida en el artículo 133 de la misma constitución vigente.

Es permanente, como atributo implícito del derecho protegido, pues mientras ese derecho existe, cuenta con la garantía como un derecho latente o en potencia, listo para accionar en caso de afectación de dicho derecho, sea, que la garantía se actualiza o manifiesta cuando ocurre un acto de autoridad

que prescinde de las limitaciones impuestas por la soberanía al ejercicio de la funciones públicas, como un valladar originario e imperioso de la actuación de las autoridades en sus relaciones con los particulares.

En general, porque entre nosotros protegen absolutamente a todo ser humano.

Es unilateral, por cuanto el poder público, a través de sus distintos órganos y dependencias que desarrollan las funciones gubernativas; es el único que debe responder de su efectividad y por tanto es el único obligado, como sujeto pasivo de la garantía, debe respetar los derechos del hombre en sus distintas manifestaciones, y el sujeto activo gobernado no tiene obligaciones, sino salvo el derecho, como se ve, no hay obligación más que de parte de la autoridad.

Es un derecho garantizado, porque para el caso de que las llegarán a violar o infringir, el gobernado afectado, puede reclamar su observancia y restablecimiento, mediante un instrumento jurídico, creado por la misma constitución para tal efecto, que conocemos con el nombre de Juicio de Amparo.

CAPITULO SEGUNDO

LA LIBERTAD COMO DERECHO HUMANO

" La libertad es un bien común, y cuando no participen todos de ella, no serán libres los que se crean tales".
Miguel de Unamuno.

I. La libertad como característica esencial del hombre.

Son muy diversas las manifestaciones del hombre, cuando se habla de la palabra libertad, específicamente la libertad humana, también se ha utilizado esta misma palabra, a las cosas, a los animales, y a los seres inanimados (Por ejemplo: libertad del espíritu); ha sido entendida como: posibilidad de autodeterminación; de elección; como acto voluntario; liberación frente a algo o para algo; como realización de una necesidad según la esfera de acción o alcance de la libertad humana; se mencionan contextos como: la libertad psicológica, física, libertad social, libertad política, libertad moral, jurídica, libertad de expresión o de palabra, entre otros.

Todos hablamos de libertad. El intelectual, tanto como el hombre de la calle, se interesan en ella. La usamos a nuestro albedrío, a veces sin entendernos los unos con los otros. Su concepto ha sido entendido y usado de muy diversas maneras y contextos desde los griegos hasta el presente. Es la libertad una idea complicada y polifacética. Por ejemplo, en el marco de la inauguración del Primer Congreso Internacional de la Lengua Española, el

escritor colombiano Gabriel García Márquez se pronunció por dejar en libertad a la lengua de las normas gramaticales; "la contribución de los literatos no es meter en cintura a la lengua, sino al contrario, liberarla de los fierros normativos... jubilemos la ortografía,... enterremos las haches rupestres, firmemos un trato de límite entre la ge y la jota, y pongamos uso de razón a los acentos escritos".⁵⁴

Con razón; el autor de la obra intitulada "El Espíritu de las Leyes"; Montesquieu, siguiendo las líneas anteriores estatuye: "No existe palabra que haya recibido más significados distintos, y que haya impresionado las imaginaciones de tantas maneras, como la de libertad".⁵⁵

Se dice que la definición en sentido etimológico, la palabra libertad, tiene origen latino, así lo menciona el tratadista Jorge Adama Goddard: "libertas-libertatis, que significa textualmente libertad, condición de hombre libre, no sujeto a esclavitud, derechos del hombre libre, independencia, autonomía"⁵⁶

Entre los romanos utilizaron el vocablo latino liber, del cual deriva "libre", es decir el hombre libre es el que es de condición no sometida o esclava. La libertad se entendía como posibilidad de decidirse, la autodeterminarse. Esto

⁵⁴ RUIZ,Joel; "La lengua. Arma y Herramienta Fundamental". El Sol de México. Sección A,México, D.F., Martes 8 de Abril de 1997, pag.19.

⁵⁵ MONTESQUIEU; "Del Espíritu de las leyes". Estudio Preliminar de Daniel Moreno. Ed. Porrúa,6a ed., México,D.F.,1985, pag.102.

⁵⁶ Diccionario Jurídico Mexicano; Ed.Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4a ed, México,D.F.,1991,pag.1987.

implica dos cuestiones una la de un poder hacer; la otra, la de una limitación, es decir la libertad en el sentido apuntado con lleva la idea de una responsabilidad ante si mismo y ante la comunidad: ser libre quiere decir en este caso estar disponible, pero estarlo para cumplir con ciertos deberes. Se le llamaba liber al joven cuando alcanzaba la madurez sexual, y se incorpora a la comunidad como hombre capaz de asumir responsabilidades.⁵⁷

También se ha entendido la palabra "libre" del latin "liber" como: "la de un ser desligado de todo vínculo"⁵⁸. Es contradictorio, porque en el universo la materia, está regida por leyes determinadas, por leyes biológicas: nacimiento, crecimiento, reproducción, muerte. Por leyes geográficas, como la acción del medio, por leyes físicas- químicas. Así pues, no existe ningún ser que esté desligado de todo vínculo, ni eso puede ser la libertad.

La libertad, no podría estar en pugna con tales normas naturales, tan literalmente, como si un pez pudiera volar en el agua, o el águila surcar las profundidades del océano.

Se ha dicho, que en su sentido más amplio y general, libertad es exención a ausencia de toda necesidad. Así la definió Schopenhauer "La libertad es la falta de toda fuerza necesitante".⁵⁹ Este concepto es simple y

⁵⁷ CFR FERRETER MORA, José; Diccionario de Filosofía, Ed. Alianza, 7ª reimpresión, Madrid, 1990, pag. 1969.

⁵⁸ PENICHE BOLIO, Francisco J.; "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, 11ª ed., México, D.F., 1993, Pag. 109.

⁵⁹ Citado por MUÑOZ COTA, José; "Ensayos", Ed. Impresora y Distribuidora, México, D.F., 1996, pag. 131.

abstracto; porque la exención de una necesidad, ha de referirse aún sujeto, a quién se exime y se libera; a un objeto, hacia el cual se encamina la actividad libre; y por último a una necesidad, que se remueve como consecuencia de la acción libertaria. Sin embargo la existencia de la necesidad que nos pone en confrontación con la naturaleza exterior, no puede ser puesta entre paréntesis. No podríamos situar la libertad en la huída al desierto, en la simple negación de la necesidad. Debe también ser accesible al hombre que reconoce la libertad de indiferencia o de elección. Yo puedo satisfacer esta u otra necesidad, tomar este u otro camino para llegar a determinado fin. Así, bajo la ley de la causalidad como todo es necesario, la libertad no es absoluta.

Ha sido entendida la libertad como ausencia de opresión; pero esta ausencia de opresión, conduce en última instancia al despliegue de todos los vicios. Por otra parte el principio del "dejar hacer" engendra al cabo desorden y tiranía. La libertad no puede asegurarse sino por medio de la ley, el plan y el orden.

De esta manera cuando se dice que el hombre es libre no quiere insinuarse que no obedezca a norma o ley alguna. La ausencia total de leyes y normas, no es libertad, sino precisamente lo más opuesto a ella, el libertinaje, la negación automática de la libertad verdadera. Bien distintos son: el libertinaje, por una parte, en donde reina el arbitrio individual y oscilante, que nos lleva aún caos en el que dominarán casi por sistema los impulsos y los arrebatos más violentos que harán del hombre esclavo de sus propias

pasiones, y por otro lado la libertad como racional. La libertad tiene sus leyes y sus normas y no podemos prescindir de ellas, so pena de aniquilar ipso facto la libertad en sí. Goethe- en alguna ocasión- dijo que era preferible sacrificar un poco de libertad, para no alterar el orden existente.

Para Thomas Hobbes la libertad, "significa (propriadamente) la ausencia de oposición (por oposición entiendo impedimentos externos al movimiento) ... un hombre libre es quien en aquellas cosas que por su fuerza e ingenio, no halla obstáculos para hacer lo que quiere".⁶⁰

Ahora bien: los obstáculos de que habla Hobbes en su definición, pueden proceder de la naturaleza de las cosas o de la ley. Cuando provienen de la naturaleza misma, no se dice que el hombre carece de libertad, sino de poder. Cuando provienen de la ley, el hombre deja de ser libre en proporción del número de acciones que le son prohibidas. Pero la ley no puede impedir todas las acciones posibles. Queda siempre un número incalculable de acciones que la ley no puede preveer, y en el círculo de estas acciones es donde el ciudadano goza de libertad.

De acuerdo con Hans Kelsen, en su origen, la idea de libertad fue puramente negativa, significó " la ausencia de sujeción, de toda autoridad capaz de imponer obligaciones"⁶¹ Entendida así la libertad; ser libre era no

⁶⁰ HOBBS, Thomas; "Leviatan", Tr. De Manuel Sánchez Sarto, Ed. F.C.E., 2ª ed., México, D.F., 1994, pag. 171.

⁶¹ KELSEN, Hans; Op. Cit, pag.337.

estar sujeto a ningún lazo; pero desde que el Estado es un orden social que implica la existencia de reglas normativas determinadas para el comportamiento de los individuos, tal concepción de libertad sería la negación del propio Estado. Sin la existencia de normas que regulan las actividades individuales, la libertad degeneraría en anarquía y sólo podría concebirse en el caso de que el hombre viviera fuera de la sociedad y del Estado. Pero el vivir en sociedad no es un hecho que dependa del arbitrio individual. Sino una necesidad de la naturaleza humana, un corolario desprendido de la condición de hombre. No existe sociedad posible sin un orden, sea cual sea éste, exterior al individuo que desde fuera lo obligue determinando su conducta.

En este orden de ideas, el contractualista Juan Jacobo Rousseau en su obra "El Contrato Social" menciona, "El hombre ha nacido libre, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás".⁶²

Este planteamiento significa que el hombre es libre en el estado natural, pero ha perdido esta libertad, en el estado social, pues se encuentra cargado de "cadenas".

Sin embargo para él estadísta en comentario, la libertad es un derecho, pero también es un deber de la humanidad. "La libertad es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su principal ley es velar por su propia

⁶² JACOBO ROUSSEAU, Juan; "El Contrato Social o Principios de Derecho Político". Ed. Porrúa. 8ª ed. México, D.F., 1987, Pág. 3.

conservación, sus primeros cuidados son los que se debe a su persona. Llegado a la edad de la razón, siendo el único juez de los medios adecuados para conservarse, conviértese por consecuencia en dueño de sí mismo". De lo anterior deducimos que para Rousseau, la libertad es una exigencia de la dignidad humana.⁶³

Siguiendo este orden de ideas, el hombre logra su libertad, o en términos concretos, logra identificarse con el concepto de libertad, cuando logra su individualidad, y se convierte en una potencia que cada vez trata de superar en mayor grado el dominio que la naturaleza ejerce sobre él, por medio del conocimiento. El hombre se impone a la naturaleza como ser único que parte de un conjunto, pero se distingue por ser individual, por autodeterminarse. Por ser libre albedrío, elige el hombre consciente dentro de sus límites lo que le lleve a vivir dentro de sus principios, que concuerdan con sus necesidades y con las de los seres que lo rodean.

Estimo que existe una gran diferencia entre concebir al hombre como libre, e identificarlo con la libertad. El hombre no es libre, el hombre es libertad. Al decir el hombre es libre, surge la pregunta: libre de qué o de quién?. Mientras que al identificar al hombre con el concepto de libertad se relacionan ambos conceptos como universales. Conviniendo el concepto de libertad con el significado de hombre, y no como atributo exterior.

⁶³ Idem, Pág. 4.

La libertad está inseparable unida al hombre y lo acompaña en todos los actos de su vida. Así lo entiende Luis Recasens Siches cuando dice, "El hombre ni tiene ni deja de tener libre albedrío, tal como si fuera una cosa, una energía o una facultad, susceptible de ser tenida o de no ser tenida, por el contrario, es libre albedrío".⁶⁴

De esta forma se ha hablado que todo lo que pertenece al orden de la libertad pertenece al orden de la razón. Solamente es libre el hombre en cuanto ser racional. De esta manera no tan solo el "sabio" es libre sino todos los hombres lo son por ser por definición racionales; ya lo mencionaría en el siglo IV antes de Cristo, Aristóteles en su concepto de hombre "un animal racional".

Es por ello que la libre decisión de sus actos que parten de su condición racional lo lleva a identificarse con la libertad. La razón en el hombre es la base de su libertad, porque lo induce a conocer y analizar todo lo que lo limitaría. La razón no solo lo obliga a decidir libremente, sino también conscientemente.

Pero hay que entender que la libertad es limitada, y además, se advierte que la libertad no es necesariamente el ejercicio de una capacidad racional consciente e inteligente; ya que incluso puede ser en parte irracional, y ni si quiera estar en el nivel consciente "no han faltado autores que consideran, que

⁶⁴ RECASENS SICHES, Luis; "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, 10ª ed. México, D.F., 1993, Pág. 21.

el hombre es un animal las más veces en extremo irracional, si nos atenemos a los grandes errores y absurdas acciones en su deambular por todo el planeta"⁶⁵

Se nos hará notar que el enfermo mental también es libre. Es indiscutible. Pero su libertad se halla disminuida en el sentido de que el campo de sus adaptaciones y de sus elecciones posibles se ve limitado. Su fatigabilidad, también, es mayor, porque debe hacer, pensándolo, lo que otros hacen por instinto y sin pensarlo. Debe vivir en un medio protegido. En el caso de la libertad infantil es también protegida, porque el campo de sus adaptaciones y de sus elecciones posibles se haya limitado.

La libertad, en el hombre es innata tanto como la razón. Luego el hombre no busca la libertad, se identifica con ella. En tanto que la comprende, logra su individualidad y el conocimiento de su persona de allí el pensamiento de Sócrates "conócele a ti mismo".

La esclavitud existió por siglos. El hombre nacía siendo esclavo y era digno para él actuar libremente sin el mandato del amo. Esto simplemente viene a confirmar que mientras el hombre está más lejos de sí mismo, de comprender su condición de ser humano, más lejos a su vez está de la libertad.

⁶⁵ SERRA ROJAS, Andrés: "Hagamos lo Imposible", Ed. Porrúa, México. D.F., 1982. Pag.17.

No debe el hombre buscar la libertad o el ser libre fuera de sí necesita conocerse y ser libertad, para ser hombre, para ser auténticamente humano. Son muchas y variadas las propuestas de definición de la palabra libertad; "Tantos hombres , tantos pareceres", que sería prolijo mencionar; es por ello que para nuestro tema de investigación, es menester identificar a la libertad, primero como atributo de la voluntad del hombre y segundo como derecho, es decir la libertad regulada jurídicamente, ya que la idea de la palabra libertad se puede aplicar al individuo y su conducta; así se puede hablar de una libertad interna y una libertad externa que por exteriorizarse es limitada.

II. La libertad como atributo de la voluntad.

La palabra libertad se emplea al designar a la facultad psíquica que permite al hombre escoger fines y medios, y elegir entre varios un derrotero. Gracias a ella, la psique del hombre escoge entre el bien y el mal, y es responsable y capaz de mérito y de desmérito. Sin la libertad el hombre sería una máquina, un autómatas o un pelele manejado por voluntades o fuerzas extrañas. Brinda ella al hombre, la facultad de no depender más que de su propia voluntad y escoger por sí mismo sus decisiones después de haber deliberado.

La libertad es un elemento constitutivo de la acción específicamente humana, en virtud de la cual la voluntad no elige necesariamente una de las

varias opciones que le ofrece el entendimiento, sino que elige cualquiera de ellas o simplemente no elige ninguna.

El hombre, no siempre actúa con libertad, sino tan sólo cuando se dan los requisitos necesarios para su ejercicio, y entre ellos, el juicio de su razón, que descubre lo bueno que hay en cada una de las muchas opciones que se le ofrecen.

Con frecuencia, el hombre realiza actos que no son más que el resultado de su automatismo orgánico, de sus emociones incontroladas, de sus reacciones impensadas, en una palabra, termina por quedar enganchado en una cadena cuyo primer eslabón no estaba en su mano.

Siguiendo la idea de la palabra libertad como atributo de la voluntad nos menciona Clemente Soto Alvarez que la "libertad es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o de no obrar".⁶⁶

En este sentido la libertad es la facultad de autodeterminación y decisión, sin ningún impulso interno o externo, la libertad es el poder de elegir entre diversas resoluciones.

Hay autores como Eduardo García Maynes que conceptúa la libertad como la capacidad, poder, o facultad natural de autodeterminación o en otros

⁶⁶ SOTO ALVAREZ, Clemente; "Selección de términos jurídicos, políticos, económicos y sociológicos", Ed. Limusa, México, D.F., 1981, Pag. 179-180.

términos, "es la aptitud de obrar por sí, o sea, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante".⁶⁷

Para Jean- Yves Calvez, "La libertad es la capacidad de autodeterminarnos de conformidad con nuestro ser".⁶⁸

De esta manera el ser humano se puede autodeterminar para una opción como para otra opción, pero tomando en cuenta en que la opción realizada no perjudique a otro, en este caso la sociedad o el poder social debe intervenir. Ya que autodeterminarse, supone en lo esencial la posibilidad, para el hombre, de superarse a sí mismo y lo conduce a asumir la responsabilidad por los demás, es decir el reconocimiento del prójimo, de su vida social.

Desde el punto de vista de Alberto Campero "...la libertad es ante todo facultad de que está dotado el hombre y que le permite dirigir su propia actividad, o sea escoger entre dos o más caminos que en un momento dado pueda seguir".⁶⁹ Parece que situara a la libertad como la elección o la decisión de dos o más situaciones, más adelante nos menciona que para el ejercicio de la libertad se requiere la inteligencia entendiendo por está el medio por el cual conoce el hombre un fin que resuelve aceptar o rechazar, los medios para

⁶⁷ GARCIA MAYNES, Eduardo; "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, 48ª ed., México, D.F., 1996, Pag.78.

⁶⁸ BEAUCHESHE, G. Etal.; "La libertad; perspectivas científica y teológica", Ed. Troquel, Buenos Aries, Argentina, 1965, Pag. 167.

⁶⁹ CAMPERO, Alberto; "Libertad y Derecho". Ed. Jus, México, D.F., 1951, Pag.36.

alcanzarlo que decide emplear o que rehusa poner en práctica. Sin embargo acepta que la inteligencia puede equivocarse en la estimación del fin que se le presente y más aún de los medios adecuados para conseguir su realización.

De esta forma considera José Lorca Navarrete, "... ha de situarse, junto a la consideración racional del hombre, la de su capacidad de libertad, sostén insoslayable de la realización de sus quehaceres... la razón es el impulso perfecto de la voluntad libre, de tal modo que la libertad cunde y se fortalece con la reflexión razonada que orienta nuestra experiencia ante situaciones en las que se hace necesario el discernimiento de los pro y contra de nuestros actos".⁷⁰

En la medida que un hombre tenga la potencia de pensar o de no pensar, de mover o de no mover, según la preferencia o dirección de su propia mente, en esa medida un hombre es libre.

La libertad de decisión se funda en la capacidad de la razón para conocer distintos bienes. Si gracias a la razón el hombre es libre, se comprende que su libertad crezca a medida que obre conforme a la razón. La libertad se ejerce en la elección de un bien. La elección supone un juicio previo; si la razón juzga que un bien determinado es el mejor, y libremente la

⁷⁰ LORCA NAVARRETE, José F., "Introducción al Derecho I. Fundamentos. Filosóficos", Ed. Pirámide, 2ª ed. Madrid, 1990, Pag. 201.

voluntad lo quiere, y el hombre actúa en consecuencia, se puede afirmar que ese hombre actuó libremente, porque lo hizo conforme con el principio de actividad que es propio de su naturaleza: la razón .

Entendiendo a la libertad como el estado del ser humano que le permite actuar según su verdadera naturaleza de acuerdo con la razón. Es un medio para que el ser inteligencia pueda autodeterminarse. Así en la Encíclica "Libertas Praestantissimum" del Papa León XIII publicada el 20 de Junio de 1888, la libertad desde el punto de vista de la Iglesia Católica es entendida como "...la facultad de elegir lo conveniente a nuestro propósito, ya que sólo es señor de sus actos el que tiene facultad de elegir una cosa entre muchas ... la libertad, bien ... de la naturaleza y propio únicamente de los que gozan de inteligencia o razón da al hombre la dignidad de estar en manos de su propio consejo y tener la potestad de sus acciones..."⁷¹

De lo anterior se desprende que la libertad humana, en sentido estricto, consiste en la posibilidad de preferir el bien mejor. Esto sólo ocurre cuando la razón juzga acertadamente cuál de los bienes que se ofrecen a la voluntad es realmente mejor. Pero hay que entender que en cada uno esta el bien mejor, es decir lo que para uno puede ser bien para otro puede ser un mal y viceversa. El hombre puede escoger entre seguir un camino y seguir otro distinto, pero hay

⁷¹ TARDIFF, Guillermo; "La libertad, la libertad de expresión, ideales y realidades Americanas". Ed. Fondo Jaime Torres Bodet, México, D.F., 1958, PP.114-116.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

que recordar que la libertad implica una conducta de respecto recíproco, vale asegurar que la libertad descansa en la filosofía de la dignidad humana.

Pero entendida así la libertad, la libertad humana no es absoluta puesto que el hombre no puede elegir sino entre diversos actos donde el pensamiento preexiste a su determinación; porque la voluntad humana no puede elegir sino entre diversos impulsos preexistentes al acto llamado libre; la libertad humana es relativa porque su empleo está regulado por una ley, y porque no es sino la ocasión que la voluntad se manifiesta bajo los impulsos de la sensibilidad. Es que la primera comprobación que hace el hombre cuando reflexiona sobre su situación concreta es que las posibilidades de elección que se le ofrecen, siempre son limitadas en función de las circunstancias exteriores. Para elegir, tenemos en efecto necesidad, no de posibilidades abstractas, sino de posibilidades efectivas dadas. Son estas posibilidades efectivas las que se ven limitadas. La acción humana sólo puede desenvolverse en la medida en que el medio y el contorno lo permiten.

De esta manera, Luis Recasens Siches nos menciona "... Es decir la situación del hombre no consiste en estar encajado en su mundo de un modo fijo, estricto, sin movimiento, como un tornillo en su tuerca, ni consiste tampoco entender que seguir forzosamente una trayectoria determinada; antes bien por el contrario, se trata de una inserción con un margen o espacio de holgura. Ese hueco o ámbito ofrece al hombre, en cada uno de los momentos de su vida, un

repertorio plural de posibilidades- concretas y en número limitado- entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad, por alguna de esas posibilidades a su alcance; pues no se halla forzosamente predeterminado a seguir una sola de tales posibilidades y a evitar las demás. La pluralidad, limitada de posibilidades al alcance de cada uno de los hombres, en cada uno de los momentos de su vida, es diferente; en cuanto al número y en cuanto a la calidad, pues depende de la circunstancia concreta de cada sujeto en cada instante cada sujeto halla siempre la posibilidad de diversas conductas en cada momento, por lo cual es albedrío, ya que él tiene que elegir por sí alguna de esas conductas posibles".⁷²

De esta forma hay que entender al libre albedrío como posibilidad de opción entre varias posibilidades existenciales, por lo tanto limitada. Para cada nuevo presente existencial, para cada situación, hay, pues, un repertorio limitado de posibilidades que están allí presentes, contenidas en el futuro de la situación en cuestión.

Coincidimos con la idea de la palabra libertad como la facultad de autodeterminación en un sentido afirmativo, y agregaríamos en su sentido negativo, como la ausencia de trabas, estorbos, impedimentos o vínculos, que hace posible autodeterminarse. Ahora bien se ha pensado que según sea la

⁷² RECASENS SICHES, Luis: Op. Cit.. Pág.22.

índole de los impedimentos de los que alguien está "libre", será su especie de libertad.

Por ejemplo se entiende como libertad física cuando se dice que hay ausencia de vínculos físicos que impidan al hombre autodeterminarse. Por vínculos físicos entendemos todos aquellos que afectan la parte corpórea del ser humano, tanto externos como internos.

Tratándose de vínculos externos se menciona por ejemplo: el hombre es libre porque no está atado a unas cadenas, las personas que corren por el campo o abandonan la prisión.

Así lo entiende Schopenhauer; "consiste la libertad física en la ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza... En esta acepción completamente física de la libertad se dirá que los hombres... son libres cuando ni cadenas ni trabas, ni enfermedades, ni obstáculo físico o material de ninguna clase se oponen a sus acciones cuando éstas se verifican por su voluntad".⁷³

Para Eduardo García Maynes es "la acepción... es puramente mecánica. Alude a una simple posibilidad de movimiento, frente a la que no hay obstáculos capaces de destruirla o limitarla. Por esta razón... el escritor inglés

⁷³ SCHOPENHAUER, Arturo: "La libertad y el honor"; Ed. Tor. Río de Janeiro, Buenos Aires, 1943, Pág. 11.

Hobbes, dice que no podríamos considerar privados de libertad al hombre imposibilitado para moverse (Por ejemplo: un paralítico).⁷⁴

Cuando hay ausencia de vínculos internos que determinen en forma decisiva las acciones internas del ser. Habla de la libertad psicológica (que también se llama "libre albedrío").

III. Libertad y sociedad.

La sociedad es el resultado de la convivencia del hombre con sus semejantes, apoyada por una serie de normas que fijan el comportamiento de cada uno. El hombre en una sociedad encuentra distintos obstáculos, lógicamente comprensibles, ya que convive con individuos de distintas ideologías, entre otras cosas.

El hombre, cuando establece una autodeterminación de su comportamiento para convivir con los otros hombres, evitando todo choque que se pone de manifiesto por diferentes ideologías, va actuando dentro de los límites fijados para que él mismo logre la libertad. El medio actúa benéficamente para que el individuo deje de vivir solamente solventando sus necesidades primarias.

⁷⁴ GARCIA MAYNES, Eduardo; Op. Cit., Pag.215-216.

El hombre para defender sus derechos, dentro de esa multi-unidad, en la que se relaciona el yo con los otros, crea una serie de normas que le sirven para hacer valer esos derechos. Entonces esas normas se convierten en universales, ya que los demás hombres se valdrán de ellas para hacer también valer los suyos.

Aparece inmediatamente el concepto de libertad, de una forma simple, ya que cada hombre será libre, en tanto que respete dichas normas. En cuanto las violara, él mismo se negaría la libertad, porque iría en contra de lo que él mismo estableció para vivir su existencia de acuerdo con lo mejor.

De esta forma, son libres porque ellos han escogido por libre albedrío esa manera de comportarse. Es como establecer una autodeterminación cómoda, aceptando lo que los demás consideran como el Bien universal dentro de la comunidad.

El carácter individual del hombre para ser libre en una sociedad es indispensable, porque cada hombre cumplirá su cometido, según sus posibilidades, formando un conjunto de individuos libres, teniendo como resultado una sociedad conformada dentro del concepto claro de libertad. Así, el hombre, no es resultado de una sociedad, sino la sociedad es un resultado de la convivencia de los hombres que, al haber logrado su propia identificación, han logrado a su vez identificarse con el concepto de libertad.

Precisamente una vez que se establece la necesidad de situar al hombre dentro de un marco social, para obtener una mejor comprensión de sus diferentes proyecciones humanas, subsiste el problema de los límites de su libertad individual que ha de aceptar en nombre y por el bien de esa sociedad.

Estas limitaciones a la libertad, aparecen desde luego, como barreras a todos aquellos aspectos de la actividad individual que resultan perjudiciales para la vida en común. El derecho supremo a la libertad humana, deja de ser, mediante esas limitaciones, una mera falta de coerción y un desligamiento del individuo de toda clase de relaciones y lazos, para convertirse en una libertad en la que la acción humana asume las responsabilidades que le son propias y las que le corresponden en el esfuerzo corporativo.

Es evidente que existen determinados vínculos jurídicos- políticos que restringen y norman la actividad del individuo por el solo hecho de vivir socialmente. Lo importante es que las limitaciones de la libertad estén fundadas en el consentimiento de los miembros capaces o de sus representantes en la dirección política de la colectividad que habrá de sufrirlas, así como en la responsabilidad de los titulares del poder.

José Ferrater Mora, en su Diccionario de Filosofía nos habla que la libertad que puede llamarse "social" o "política" se concibe como autonomía o independencia. "En una determinada comunidad humana, esta autonomía o

independencia consiste en la posibilidad de regir sus propios destinos, sin interferencia de otras comunidades. En los individuos dentro de una comunidad, dicha autonomía o independencia consiste primariamente no en evadir la ley, sino en obrar de acuerdo con las propias leyes, es decir, las leyes del propio Estado".⁷⁵

Por consiguiente esta libertad "social" nunca es absoluta, es decir, no está exenta de restricciones o limitaciones, porque sino existieran éstas en la vida social, traería como consecuencia el caos y el desorden, provocando una anarquía, en la que los derechos de cada persona se atropellarían constantemente incitando pugnas entre los individuos. Toda sociedad debe estar regida por el orden, o sea por limitaciones a la actividad objetiva de las personas, quienes se verán impedidas de efectuar cualquier acto, que traiga como consecuencia, conflictos en la vida social. Es aquí, donde el Derecho entra en juego, para salvaguardar los intereses de la sociedad, ya que el antagonismo de experiencias distintas hace necesaria la imposición de ciertas formas de conducta que evitan se destruya el orden social; formas que se traducen en la creación de un conjunto de normas y en la organización de una autoridad que apoyándose en ellas, haga realmente efectivo un orden.

Es un hecho conocido y afirmado por todos que el hombre es un animal esencialmente sociable; es decir que el hombre no puede vivir aislado del

⁷⁵ FERRATER MORA. José; Op. Cit., Pág. 1970.

medio social; forzosamente necesita de la sociedad para poder subsistir. Al necesitar el hombre del medio social y como resultado de ello debe sacrificar parte de su libertad. Este sacrificio de libertad, no es otra cosa que el conjunto de normas impero atributivas con carácter externo y coercible que regulan las relaciones humanas.

Las normas jurídicas no se nos presentan como opción; exige siempre la observancia total de lo prescripto y la viabilidad del orden no se lo da las sanciones establecidas, sino la aceptación general de lo establecido, que es lo que constituye la seguridad. Muchas normas toman en cuenta lo que constituye la seguridad. Muchas normas toman en cuenta lo que se llama vicios de la voluntad, lo que nos indica que la norma no confía mucho en la libertad de la voluntad.

Un constante contacto con los miembros de la sociedad es lo que constituye la vida del hombre. A este contacto del hombre con sus semejantes es lo que llamamos vida en común, la cual para que sea totalmente realizable es necesario que se encuentre guiada o encauzada por un ordenamiento que normen las relaciones sociales, es decir que el derecho debe existir necesariamente.

Toda sociedad, es decir, la coexistencia misma, en cualquier forma que esté organizada, tiene siempre como supuesto un sistema de ordenamientos jurídicos y sociales, engendrados en la propia coexistencia.

Es el derecho a quien toca establecer el enlace o unión entre el hombre y la comunidad, enlace que servirá para que la libertad del ser humano encaje dentro de la sociedad y manifieste su conducta externa de manera que no lesione los intereses de los demás.

El hombre también tiene derecho a desenvolverse plenamente, a manifestar su conducta y su sentir, pero este desenvolvimiento también debe estar limitado a no lesionar los intereses de los que lo rodean. Esta delimitación de la conducta del hombre en sus relaciones con los demás, es objeto de derechos, para lograr un perfecto equilibrio entre los intereses del hombre y de la sociedad. Como consecuencia de esto se puede afirmar que la libertad, debe estar encaminada hacia el bien común, sin detrimento o menoscabo de la libertad propia del sujeto.

Así la libertad se plantea siempre respecto a algo y en principio frente a los "demás", para lo cual es preciso que nadie ataque impunemente a ninguno, que nadie restrinja o reduzca la libertad de otros: deber ineludible es impedir que alguien atente contra la libertad de los demás; preciso determinar los derechos y los deberes de otros; indispensable, conciliar las libertades fundamentales como un orden fundamental que garantice su expresión genuina. La libertad de cada uno de nosotros termina precisamente donde empieza la libertad de otro. Sin embargo, el derecho y la ley no pueden gobernar nuestra vida interior, el derecho se limita a regular nuestras

relaciones con los demás integrantes de la sociedad en sus conductas externas.

Afirmamos que la libertad, entendida como la facultad de autodeterminación, es decir, la facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales, presenta dos aspectos, establecidos en razón del ámbito donde aquella se despliega. En primer aspecto se habla de una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del derecho; cuando la escogitación de objetivos vitales y de conductas para su realización puede tener lugar inmanentemente, esto es, sólo en el intelecto de la persona, sin transcendencia objetiva. En un segundo aspecto se habla de una libertad social; siendo ésta como la potestad que tiene la persona de poner en práctica transcendentemente tanto los conductos como los fines que se ha forjado, es decir procura darles objetividad, externándolos a la realidad. Es esta libertad la que le interesa al derecho, ya que la otra, es decir, la subjetiva o psicológica se relega al fuero íntimo del intelecto o de la conciencia, indiferente, en sí misma, a la regulación jurídica.

IV. Libertad como derecho.

La libertad regulada jurídicamente, es de esencial importancia para el ser humano. La vida de los hombres es la utilización y desarrollo de una serie de energías potenciales, de una serie de posibilidades creadas que no deben ser ignoradas por el Estado, ni abandonadas a sus propios impulsos. El

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

problema siempre resuelto y vuelto a plantear, consiste en tratar los actos humanos de modo que se pueda garantizar la mayor libertad conforme a las condiciones impuestas por las normas, y conforme también al mejor ordenamiento social.

El vivir en sociedad implica el sujetarse al orden jurídico, orden que esta integrado por normas que rigen las más variadas manifestaciones humanas, haciendo posible la convivencia, que de otra manera no sería posible y si hablamos de libertad jurídica se entiende que ésta solo la podemos encontrar dentro de un sistema jurídico dado, ésta solo reconoce como fuente a la norma jurídica en concreto.

Siendo el derecho el medio para regular la conducta humana, no es el creador de la libertad, porque si la regula, una cosa que es conocida, no se concibe el crear una cosa y regularla a la vez, una máquina como creación del hombre es él quien la dirige, pero la conducta no puede ser creada, se regula la conducta pero no se crea; el derecho regula hechos del hombre, y al hacerlo implícitamente está reconociéndole su naturaleza.

La pretensión de todo orden jurídico, es la armonización de los interés sociales, para lo cual existen infinidad de normas en las que el individuo es centro de imputación de derechos y obligaciones. El acuerdo tácito o expreso de vivir en sociedad, supone del individuo la subordinación al orden dado, a su

vez dicho orden está garantizado por el conjunto de normas que el poder público sanciona, pero también existen normas que el poder público no toma en cuenta por no ser él quien las sanciona sin que por ello pierdan su carácter de normas. Las normas de que hablamos conviven cerca de las normas jurídicas; las reglas del trato social y las normas morales, que en muchas ocasiones se confunden con las jurídicas.

Por su parte las normas jurídicas con sus características de: generalidad, autonomía, bilaterales, abstracción, impersonales, coercibles, son un pedazo de vida objetivada, que encarna siempre un tipo de acción humana, se dice que es vida humana objetivada porque solo podemos entenderlas, partiendo de la estructura de la vida humana y siendo el derecho un conjunto de ideas o significaciones que constituyen reglas de conducta para el hombre, las ideas o significaciones son producto del intelecto del hombre una vez producidas se objetivizan en preceptos legislativos o costumbres jurídicas, adquiriendo autonomía propia, con semejanza a los objetos ideales, sin que lleguen a tener nunca validez eterna y absoluta, es decir, su duración depende de los mismos hombres como obra humana que es, pero lo que realmente configura la vida social es el grado de cumplimiento de las normas, que lo mismo pasa con la vida del hombre. Pasa que las normas jurídicas en muchas ocasiones, no son conocidas en su totalidad, pero el sentido y significación de los hechos humanos siempre se vinculan a cosas inteligibles, comprensibles, ligados a una acción o motivo con un fin determinado.

TEJIS CON
FALLA DE ORIGEN

La visión de las normas jurídicas como vida objetivada, cambian cuando contemplamos los hechos en que son cumplidas por los sujetos a quienes están dirigidas, o en los actos de aplicación por los órganos encargados, son en estos momentos cuando las normas jurídicas tienen una manifestación viva, presente, efectiva, que solo se da cuando son cumplidas o aplicadas. Pero el hecho de que se pongan en práctica real y efectivas, sea por el cumplimiento o por su aplicación a través de los órganos encargados, no implica un reproducir mecánico de lo establecido en la misma; el hecho de cumplir trae consigo innovaciones y modificaciones a la norma, cuando cumplimos lo mandado por una norma no la reproducimos ni la repensamos, simplemente ajustamos nuestro proceder a lo señalado sin que podamos ir más allá de lo permitido.

Comunmente se piensa que se actúa de acuerdo a la norma, salvo que se tenga un conocimiento completo de la misma, pero generalmente a quien toca decidir si fue correcta la apreciación no es la particular, es al órgano jurisdiccional que al ejercer su función individualiza la norma, dándose las innovaciones y modificaciones por ser siempre casos singulares, los actos de aplicación trae consigo situaciones nuevas, haciendo al derecho dinámico. Siendo pues las normas la fuente de la libertad, entendido el concepto en una connotación estrecha, es decir, vista desde el punto de vista jurídico, solo ajustando nuestros actos a lo prescrito podemos realizar la libertad jurídica. Hay actos de nuestra vida que los realizamos sin preocuparnos si estamos cumpliendo o no con un deber, pero generalmente se tiene una noción si no

precisa al menos general, de que tales actos no se encuentran dentro de la esfera de lo normativo, es decir, que no se encuentran normados jurídicamente.

Se discute si dichos actos al no estar regulados por el derecho constituyen una zona nueva. Ya sabemos la distinción entre normas jurídicas, normas morales, reglas de trato social, pues los actos jurídicamente establecidos son la fuente de la libertad jurídica, ya que los actos no regulados, no interesan al derecho, sin que se tengan que discutir el lugar que ocupan.

Por lo anterior se ha pensado que la libertad jurídica se entienda en su sentido negativo y en un sentido positivo.

La libertad jurídica en sentido negativo entonces sería todo aquello que no está alcanzado por el ordenamiento jurídico. Desde el momento que existe el mandato o la prohibición o el permiso, (las normas permisivas del ordenamiento jurídico), ya no hay libertad. La libertad sólo existiría en esa zona en blanco que dejaría el ordenamiento jurídico; como una esfera de acción autónoma, la actividad no disciplinada por el derecho. Cuando el hombre se mueve en este ámbito no afecta el derecho de terceros ni puede ser perseguido; sería por tanto más o menos amplio el campo de la libertad, según fuera más o menos extensa el ordenamiento jurídico, según dejase más o menos espacio en blanco. La libertad es la posibilidad de actuar conforme a la ley. El ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir las

obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado.

Lo plantea Peniche Bolio de esta manera; "El axioma de libertad se encuentra así: lo que estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse. Por ejemplo, si nos está permitido transitar por el territorio nacional, como tal facultad no está jurídicamente ordenada. (porque a nadie puede obligarse a que transite) podemos libremente transitar o no transitar por el territorio nacional".⁷⁶

Por su parte para Eduardo Jimenez de Arechaga, la "libertad consiste en la facultad de hacer todo lo que no está prohibido por la ley... todo aquello que no es prohibido o castigado por la ley, puede desarrollarse libremente".⁷⁷

Para Eduardo San Miguel Aguirre la libertad jurídica " la entiende como la facultad que tiene todo individuo de elegir antes de actuar entre lo que está permitido y lo que está prohibido por la ley".⁷⁸

"En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no

⁷⁶ PENICHE BOLIO, Francisco. J.; Op. Cit., Pag. 109.

⁷⁷ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo; "Introducción al Derecho" Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Reimpresión de la 2ª ed., México, D.F., 1991, Pag.209.

⁷⁸ SAN MIGUEL AGUIRRE, Eduardo; "Derechos Humanos legislación nacional y tratados internacionales, Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D.F., 1994, Pag.63.

ser obligado a hacer lo que no debe quererse... la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder".⁷⁹

El jurista Alberto Campero nos comenta "...el hombre puede hacer no solamente lo que la ley expresamente le permite, sino todo lo que no le prohíbe, y puede abstenerse de hacer todo aquello que no le es categóricamente ordenado; y la ley no debe prohibirle ni ordenarle nada, sino es en razón del respeto debido a los intereses de otros hombres en particular o de la sociedad en general".⁸⁰

De igual manera nos menciona el maestro Villoro Toranzo Miguel, que, "...una definición negativa deja sin mencionar lo más importante: que la libertad jurídica goza de la protección del orden jurídico y que, por consiguiente, lejos de darse en un espacio jurídicamente vacío, se encuentra de lleno en la esfera del orden jurídico...hay que definir a la libertad jurídica en función de lo expresamente autorizado y de lo potestativo aunque no esté regulado por el orden jurídico".⁸¹

⁷⁹ MONTESQUIEU; Op. Cit., Pág. 102-103.

⁸⁰ CAMPERO Alberto; Op. Cit., Pág. 122.

⁸¹ VILLORO TORANZO, Miguel; "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. Porrúa, 9ª ed., México, D.F., 1990, Pág. 456.

García Maynes en su obra de: "Introducción al Estudio del Derecho", da una definición de libertad jurídica en sentido negativo que dice: "Libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos".⁸² En nuestra opinión, es una definición muy vaga, si presuntamente el orden jurídico faculta al individuo para que haga u omita lo que sus normas no ordenan ni prohíben, no encaja dentro de lo que es la libertad jurídica, si se habla de facultad, está no la encontramos a menos que una norma expresamente lo diga y la realización de los actos no ordenados no prohibidos, no constituyen una facultad presunta del orden jurídico. Las facultades que las normas dan son siempre expresas, no que el estar libre frente al orden jurídico no sea libertad, pero la libertad jurídica solo tiene como fuente al orden jurídico ¿Dónde encontramos la sanción al omitir por realizar los actos que no están ordenados ni prohibidos? Si el deber es general, es decir, impuesto a todo mundo, ante quien se tiene que hacer valer en caso de incumplimiento si no existen normas que expresamente establezcan la sanción, repetimos, si son actos no regulados, es simplemente porque no interesan al derecho.

Por su parte, las normas jurídicas, traen consigo el acto coactivo, es decir, que el deber que nos imponen es ineludible, de no cumplirse se hace efectiva la sanción.

⁸² GARCIA MAYNES, Eduardo; Op. Cit., Pág.219.

Volviendo a García Maynes, en su obra ya citada, formula una definición en sentido positivo, partiendo de los derechos subjetivo y dice así: "Libertad jurídica en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir con un deber propio".⁸³

La definición antes citada nos parece incompleta, ya que no nos dice cual es la esencia de la libertad jurídica, si parte de los derechos subjetivos ¿Qué son los derechos subjetivos? Generalmente la palabra derecho se usa en dos acepciones distintas: para designar la norma jurídica y como la facultad que todo sujeto tiene de determinar normativa e impositivamente la conducta de otro; de ahí el que se diga "Tengo derecho a X", pero de lo que realmente se trata se exigir de otro una determinada conducta, cuando decimos tenemos derecho a esto o aquello, lo expresamos como facultad de un comportamiento propio, que lleva consigo el exigir de otros que no impidan o perturben un acto mío, o que realice una determinada conducta, siendo esto lo que constituye la esencia del derecho subjetivo que nos dice a vez donde se da, definitivamente no es una cosa psicológica, es la relación o circunstancia en que nos encontramos frente a la norma.

⁸³ Idem. Pág. 222.

Cuando hablamos de derecho subjetivo, nos imaginamos que lo contrario de éste es el derecho objetivo; pero no es así, ya que se encuentran siempre unidos, ya que los dos derivan de la norma. Ahora, el derecho subjetivo, como lo decíamos antes, no es un fenómeno de la voluntad, lo jurídico no es de naturaleza psíquica, de ahí el porque los actos realizados por personas privadas de razón no tienen consecuencias jurídicas.

Muchas son las definiciones que se han dado del derecho subjetivo, entre ellas está el considerarlo como un interés jurídicamente protegido, pero basta con leerla para darnos cuenta que el derecho subjetivo no reside en el interés en sí, sino en el tipo de protección cosa que no es exacta, porque de acuerdo a lo expresado, el derecho subjetivo no es interés ni tampoco voluntad, para explicarlo no es necesario salir del ámbito jurídico.

Siendo pues las normas jurídicas reguladoras de las distintas actividades humanas, conceden cierta conducta a los titulares o titular de un derecho, dándoles la capacidad normativa de determinar a otros u otro en un comportamiento positivo o negativo, es decir, el titular de un derecho subjetivo solo puede considerarlo así, si está fundado en un deber de uno o varios sujetos, siendo el derecho subjetivo lo que la norma atribuye a ciertas condiciones de una persona, haciéndolas consistir en la posibilidad de determinar jurídicamente la conducta de uno a más sujetos, concretándose a ser proyección de la norma jurídica, dando por explicado que no es un

fenómeno, es una calificación normativa atribuible a una determinada situación de un sujeto.

En muchas ocasiones, la declaración del titular del derecho, es necesario para que se actualicen pero no llega a ser una regla, porque en otros casos la norma atribuya derechos en los que no es necesario la declaración del titular, afirmándose lo dicho en el sentido de que el derecho subjetivo no es interés ni es voluntad, éste solo derivan de la norma que nos dice que situaciones de hecho determinan la existencia de un derecho.

Todo lo anterior está hecho con el fin explicar mejor en que consiste lo limitado de la definición dada por el Maestro García Maynes. Cuando dice que la libertad jurídica es el optar entre el ejercicio o no ejercicio de los derechos subjetivos, a éstos los hace depender de un acto de voluntad del titular, pero ya explicamos que los derechos subjetivos no dependen de un acto de voluntad, que en ocasiones es necesaria una manifestación de voluntad para que se actualicen, aceptamos que se presentan como pretensión o poder, que en última instancia es lo que quedan reducido de acuerdo a la definición comentada. ¿En que consiste los derechos subjetivos como pretensión y poder jurídico? El derecho subjetivo como pretensión, consiste en la situación que por virtud de la norma, ocupa un sujeto en una relación jurídica, es decir, que tiene la facultad de exigir de otro el cumplimiento de un deber, contando para ello con el aparato coactivo del Estado, provocando la actividad jurisdiccional para

dirimir la controversia. Por su parte el derecho subjetivo como poder jurídico, consiste en la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, los sujetos que intervienen en el acto producen normas individualizadas. Lo que queda fuera de la definición comentada, son aquellos derechos de cuya actualización se encarga el Estado, a través de la institución correspondiente. En resumen, los derechos subjetivos, no son mas que consecuencia de lo establecido en la norma, constituyendo éste el derecho objetivo.

Lo dicho en el presente capítulo, es lo que entendemos por libertad jurídica, afirmando que ésta solo tiene como fuente el orden jurídico existente. Declamos que la libertad le es consustancial al hombre, que se encuentra en el centro mismo de su existencia, independientemente de la postura filosófica que se tenga; pero también hacíamos notar que el hecho de vivir en sociedad, necesaria y ineludiblemente tenemos que sujetarnos a los dictados establecidos, sin que ello quiera decir que no podamos cuestionarlo; pero tales dictados deben tener como base una realidad actuante, la regulación de la libertad no debe ser un acto arbitrario, no hay que perder de vista que la libertad en sí, pertenece al mundo de ser; en cambio la libertad jurídica pertenece al mundo del deber ser o realidades concretas.

En cuanto forma social de vida, el derecho es libertad jurídica. Pero la libertad jurídica es libertad organizada, precisada, limitada. Por eso la libertad jurídica no es una magnitud negativa sino positiva. El ordenamiento jurídico en

cuanto constituye un sistema de proposiciones normativas herméticamente pleno, tiene que integrarse con una norma de libertad, fundada a priori en la esencia misma del derecho como una forma de vivir socialmente permitido. La libertad jurídicamente se integra con lo permitido y que no este prohibido y con todo aquello que se puede hacer jurídicamente con eficacia y seguridad reconocida por el derecho. En este sentido coincide con la esfera del derecho subjetivo entendido en el más amplio sentido posible, ser libre jurídicamente significa estar en situaciones de derecho subjetivo y de desenvolverse con la seguridad de lograr los efectos normales y de no ser impedido en el uso de las propias facultades sino por normas jurídicas regularmente establecidas.

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESION.

"Estoy en desacuerdo con lo que decís,
pero defenderé hasta la muerte vuestro
derecho a decirlo"
Voltaire.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESION.

A. Comentario Previo.

Sin duda alguna uno de los privilegios característicos del hombre es el habla, que entraña una de las aptitudes exclusivas del ser humano que lo distingue de las demás criaturas vivientes. Su uso social es de importancia para la convivencia, ya que facilita la comunicación de las ideas y de los pensamientos, de las opiniones y de los propósitos y facilita el avenimiento y las convenciones.

Se aplicó en materias culturales y científicas, naturalmente a la altura de la época; y tuvo amplia y fecunda aplicación en las escuelas de filosofía de Grecia, que postulaban diversas explicaciones de la naturaleza y de la vida, así como distintas reglas de conducta.

La manifestación del pensamiento se traducía en un mero fenómeno de facto, cuya existencia y desarrollo dependían de la tolerancia e indiferencia de los gobernantes. Si éstos se mostraban tolerantes con la expresión de una

idea, por ser le ésta inocua o por convenir a su estabilidad y perpetuación, la manifestación del pensamiento se respetaba. Por el contrario, si mediante éste se propendía a crear un ambiente hostil y peligroso para la subsistencia de un régimen, a la persona que lo sustentaba o propagaba se le hacía víctima de toda clase de atropellos, no faltando incluso ocasiones en que se le privaba de la vida.

En el devenir histórico ha habido múltiples perseguidos y sacrificados por exponer en público sus ideas, casi siempre apartándose del fanatismo imperante o del vergonzoso servilismo. Por dar algunos ejemplos, esta el caso del filósofo griego Sócrates que vigorizó el sentido de las máximas "conócete a ti mismo" y "solo sé que no sé nada"; tuvo un encuentro con las autoridades legales y la opinión pública de su época, que lo llevaron a una condena de muerte, bajo los cargos de corromper a la juventud e introducir nuevos dioses, lo cual lo hace uno de los primeros mártires de la libertad de expresión, pues se le impuso la muerte por el sentido y la reiterada práctica de sus enseñanzas; otro más es él hombre que dividió el tiempo de la historia, en quién el sumo sacerdote del Sanedrín Judío, Caifás encontraba entre la ley mosaica y la reiterada y pública expresión de las ideas altamente moralizadoras y las reglas de conducta que enseñaba éste hombre llamado Jesús el Nazareno; que fue condenado a la crucifixión; "El hombre que dejó en la memoria de aquellos que fueron testigos de su vida y de sus prédicas tal impresión de grandeza moral que durante los... siglos siguientes se le ha adorado como al Todopoderoso en

persona, fue ignominiosamente condenado a muerte. ¿Y sabéis por qué? ¡Por blasfemo! Por decir su verdad"⁸⁴

El Tribunal de la Inquisición, en donde hubo numerosos condenados a la hoguera, y muchas quemas de libros; por motivos netamente de discrepancias religiosas; como el caso del científico Galileo, que por postular un principio astronómico hoy irrefutable (la Tierra gira alrededor del sol), fue obligado a abjurar de su conocimiento bajo la amenaza de tortura, éstos son ejemplos que entrañan un neto desconocimiento de la libertad de expresión. Y demuestra que en todo tiempo, en todas partes, ha habido represión, a veces sangrienta, de la libertad de expresar ideas, cuando éstas son contrarias a las de quienes encabezan el gobierno establecido.

La libertad de palabra o de expresión entra en el Derecho Público; en su consagración jurídica; con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; fruto de la Revolución Francesa. Sin embargo, "Para que dicha libertad haya producido los óptimos frutos que constituyen el impulso constante de superación del pensamiento del hombre en todas las ramas del ser humano, no fue necesario que se consagrara como un derecho público subjetivo; y prueba de ello es que antes de que jurídicamente se la reconociera, la filosofía, las ciencias positivas, y las artes en sus distintas expresiones alcanzaron un gran desarrollo. Su poner que la libertad de externar las ideas haya quedado sujeta a su estimación jurídica, sería tanto

⁸⁴ MILL JOHN, Stuart: "Sobre la Libertad", Ed. Diana, México, D.F., 1965, pag.64.

como concebir la evolución cultural de la humanidad estancada durante largas etapas en que dicho reconocimiento todavía no se formulaba".⁸⁵

Ya considerada la libertad de expresión como un derecho público subjetivo, como una garantía individual creadora de obligatoriedad de observancia para el Estado y sus autoridades. Estableció la Declaración de 1789 en sus artículos 10 y 11: "Nadie puede ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal que su manifestación no transtorne el orden público establecido por la ley". – "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley". Hay que aclarar que el transtorno que señala el artículo 10, debe ser concreto, como la incitación a la sedición o a la rebelión, y referirse al orden establecido por la ley, no al impuesto arbitrariamente por la autoridad; pero no concurre cuando se trata de meras críticas u opiniones contrarias al ideario, al sistema, a las realizaciones del régimen gubernativo establecido.

El reconocimiento por el derecho positivo de la libre emisión de las ideas no ha perseguido como finalidad hacer posible que ésta se desarrolle, pues con él o sin él siempre ha existido desde que el hombre es hombre, sino

⁸⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales"; Ed. Porrúa, 28ª ed., México, D.F., 1996 Pag. 356

que tiende a evitar las represalias de que pudiera ser víctima, por parte del poder público, el gobernado que las conciba y externe.

Es por ello que la ideología liberal defendía con denuedo este principio en contra de las prácticas absolutistas que, sin sujeción a ningún tipo de normatividad jurídica, perseguían a los individuos por las opiniones manifestadas. La intolerancia religiosa como hemos visto jugó un papel muy importante en esta demanda liberal. La persecución de la iglesia en contra de quienes fueron considerados sospechosos a atentar contra el dogma, ocupan un capítulo importante en la historia de los castigos aplicables con motivo de la expresión del pensamiento. Ello explica que en la mencionada Declaración de los Derechos Humanos se puntualizara que incluso las opiniones religiosas deberían gozar de tal régimen de libertad.

La historia de México registró un número considerable de asambleas constituyentes, de instrumentos constitucionales todos con el fin de darle una organización política- jurídica a esta nuestra nación mexicana.

Es así que citaremos en este trabajo de investigación los ordenamientos constitucionales, que sirvieran para analizar la evolución histórica del constitucionalismo mexicano y de la libertad de expresión.

B. Constitución Española o Carta de Cádiz de 1812.

Es importante incluirla dentro de los ordenamientos constitucionales de México, "... no sólo por haber regido durante el período de los movimientos preparatorios de la emancipación, así haya sido parcial y temporalmente, sino también por la influencia que ejerció en varios de nuestros instrumentos constitucionales; no menos que por la importancia que se le reconoció en la etapa transitoria que precedió a la organización constitucional del nuevo Estado".⁸⁶

El 18 de marzo de 1812 se firma en Cádiz esta constitución española, influida en gran medida por las constituciones francesas de 1793 y 1795. Esta constitución otorgaba amplios poderes de las cortes, reducía el papel del rey al poder ejecutivo, proclamaba la soberanía popular, decretaba la libertad de prensa y de expresión y abolía la inquisición. A la vez, establecía la paridad de las colonias con la metrópoli en lo que respecta a la representación a cortes y distribución de empleos administrativos. Dividía a la Nueva España en cinco provincias, limitando el poder virreinal a una de ellas. El 30 de septiembre de 1812 el virrey Venegas la promulgó en México. De hecho, nunca llegó a ponerse en práctica integralmente. La coyuntura fue aprovechada por algunos escritores mexicanos, que gozaron de relativa libertad para publicar sus escritos políticos, como Fernández de Lizardi, quien se apresuró a publicar "El pensador Mexicano", en donde defendía con agilidad y vehemencia la nueva

⁸⁶ TENA RAMIREZ, Felipe: "Leyes Fundamentales de México. 1808-1997", Ed. Porrúa, 20ª ed., México, D.F., 1997, pág. 59.

concepción liberal, y denunciaba la opresión del pueblo. Su valiente actitud desenmascaró a las autoridades virreinales, quienes lo encarcelaron.

Así en su parte conducente se refiere a la libertad de expresión cuando señala: "Art. 131 .- Las facultades de las Cortes son: Vigésimacuarta : Proteger la libertad política de la imprenta" y el artículo 371 en que se declara la libertad de prensa y expresa: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes".⁶⁷

La libertad de imprenta no se otorgó de manera cabal, puesto que no se dio en materia religiosa y se respetó el fuero eclesiástico; la expresión de las ideas religiosas, estaba sujeta a la previa censura, ya que la religión era algo importante en ese tiempo al grado que de las primeras líneas de esta Constitución de Cádiz dicen: "En el nombre de Dios Todo Poderoso. Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad..."⁶⁸

C. Constitución de Apatzingán de 1814.

⁶⁷ TENA RAMIREZ, Felipe: op.cit.. pp.75, 76, 102, 103.

⁶⁸ TENA RAMIREZ, Felipe: Idem. . pág.60.

A iniciativa de José María Morelos y Pavón, el 14 de Septiembre de 1814, se instala en Chilpancingo el Primer Congreso Mexicano que habría de proclamar formalmente su independencia y en el que estaban representadas todas las provincias del país.

Morelos presenta entonces ante los constituyentes el histórico documento conocido como "Los Sentimientos de la Nación", que resume su ideario político y estampa su más clara concepción respecto al concepto de soberanía, que le imprimió el sello de la autodeterminación.

Una vez promulgada la Independencia el 6 de Noviembre de 1813, el congreso se aboca a la tarea de elaborar la Constitución. Las deliberaciones del Congreso de Chilpancingo culminaron felizmente en lo que a la redacción del texto constitucional se refiere, el 22 de octubre de 1814, se promulgó la primera Carta Magna del México Republicano, con el título de "Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana". Los constituyentes de Chilpancingo, al igual que los de Cádiz, habían bebido de la misma fuente: tomaron como modelo la asamblea francesa y las constituciones de 1793 y 1795; ello le daba al texto de Apatzingan cierta similitud, en los propósitos y formas establecidas, con la de Cádiz: ambas se basan en el más moderno sentimiento liberal de la época.

Lamentablemente, los acontecimientos que vivía la nación no permitieron que la constitución diera paso a la organización política del país. La

constitución de Apatzingan jamás estuvo en vigor. Cuando se promulgó, los insurgentes habían sido desalojados de las provincias del sur.

El valor histórico de la Constitución de Apatzingan es indiscutible, no sólo porque fue la primera Carta Magna, propia, que conociera nuestra patria, sino porque permitía vislumbrar la vida del México soberano e independiente que, haciendo eco de los pronunciamientos más avanzados de la jurisprudencia francesa, establece la soberanía como facultad fundamental del pueblo; declara que la autonomía del país, en lo que toca a gobierno era absoluta, y señala también que la ley es una e igual para todos, sin privilegios; es decir, la igualdad jurídica de los ciudadanos. Así mismo, se refiere a la división de los poderes, la forma de gobierno y la representatividad popular, sin que falte la delimitación de responsabilidad en cuanto a la aplicación de la justicia.⁸⁹

En relación a nuestro tema de investigación la parte conducente de dicho ordenamiento reza así: "Art.40. En consecuencia, la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos".⁹⁰

⁸⁹ Cfr. CALZADA PADRON, Feliciano: "Derecho Constitucional", Ed. Harla, México, D.F., 1990, pág. 63.

⁹⁰ TENA RAMIREZ, Felipe, op.cit., pp.35-36.

Es de observar que una de las limitaciones a la libertad de expresión que señala el artículo anterior y de importancia para la época era "ataques al dogma", es decir a la religión católica, así lo señala en su artículo primero "la religión católica, apostólica, romana es la única que se debe profesar en el Estado".

D. Constitución de 1824.

En cumplimiento de los acuerdos estipulados en el Plan de Casamata, el Supremo Poder Ejecutivo convocó a la integración de su nuevo Congreso Constituyente, que fue instalado el 7 de noviembre de 1823. En julio del mismo año, las provincias centroamericanas se habían declarado independientes de México, con la excepción de Chiapas, que prefirió continuar perteneciendo a nuestro país.

En el seno del congreso surgen dos partidos: el centralista, encabezado por Fray Servando Teresa de Mier, y el federalista, cuya figura principal es Miguel Ramos Arispe. Casi de inmediato, los federalistas lograron convertirse en mayoría dentro del Congreso Constituyente, lo cual facilitó votar el Acta Constitutiva Provisional, que establecía la forma de gobierno federal en tanto se dictaba la constitución también de índole federal.

El 31 de enero de 1824, el Congreso Constituyente aprobó el Acta Constitutiva de la Federación, instrumento jurídico para el gobierno y la

organización política provisional, en tanto se concluía y aprobaba la Carta Magna.

Las discusiones de los constituyentes, iniciadas el primero de abril, concluyeron el cuatro de octubre del mismo año, día en que se dio a conocer a la nación mexicana la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, redactada y aprobada por el Congreso Constituyente, conforme lo indicaba el Plan de Casamata, que a la sazón destruía las bases de la colonia y el impero criollo.

La intolerancia religiosa se mantenía inalterada al reafirmar que la religión católica, apostólica y romana sería la oficial, y que se prohibía cualquier otra, al tiempo que decretaba la libertad de imprenta y de palabra. Así en su Sección Quinta del Título III, De las facultades del congreso general, estatuye: "Art.50 Las facultades exclusivas del Congreso general son las siguientes: ... III. Proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los Estados ni territorios de la Federación".⁹¹

De igual manera del Título VI, Sección segunda, De las obligaciones de los Estados, señala: "Art. 161. Cada uno de los Estados tiene obligación: ... IV. De proteger a sus habitantes en el uso de la libertad que tienen de escribir,

⁹¹ TENA RAMIREZ, Felipe: *Idem*, pág. 174.

imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior a la publicación, cuidando siempre de que se observen las leyes generales de la materia".⁹²

En este ordenamiento ya existía, la intención de asegurar las libertades de la persona, aunque solamente en su aspecto ideológico, como la libertad de expresión del pensamiento, referida a la que se ejerce a través de la palabra impresa, aunque sigue siendo censurada a las cuestiones religiosas.

E. Leyes Constitucionales de 1836.

Los diferentes pronunciamientos a favor del federalismo o, en caso, del centralismo, levantaron nuevamente los ánimos entre los partidarios de uno y otro sistema; Santa Anna, convertido en la esperanza del Clero, del ejército y de la desgastada aristocracia, patrocinó el movimiento reaccionario que quería convertir al país en una república centralista.

Perseguidos los diputados liberales y reforzadas las tendencias conservadoras en todos los ámbitos del gobierno, el congreso de la nación se declaró en calidad de constituyente y adoptó las bases de una constitución central, mejor conocida como las Siete Leyes del 24 de diciembre de 1836. El viraje en la forma de gobierno es sumamente radical, al disponer entre otras cosas que los gobernadores estarían sujetos al poder central, se suprimían las legislaturas de los estados, los que en adelante se denominarían

⁹² TENA RAMIREZ, Felipe; *Idem*. Pág. 191.

Departamentos, y cuyas rentas públicas quedaban a disposición del gobierno central. El período presidencial tendría una duración de ocho años y se creaba el cuarto poder : el conservador, encargado de vigilar el cumplimiento de la Constitución.

Este ordenamiento consignó una declaración de derechos del mexicano, estableciendo como garantía la libre manifestación de las ideas por medio de la imprenta: "Son derechos del mexicano ... VII. Poder imprimir y circular, sin necesidad de previa censura, sus ideas políticas. Por los abusos de este derecho, se castigará cualquiera que sea culpable en ellos, y así en esto como en todo lo demás, quedan estos abusos en la clase de delitos comunes; pero con respecto a las penas, los jueces no podrán excederse de las que imponen las leyes de imprenta, mientras tanto no se dicten otras en esta materia".⁹³

Tampoco en este ordenamiento había una libertad absoluta, pues quedaba aún vedado el comentario sobre lo religioso, dado que la católica se seguía considerando como la religión del Estado, a la que había de protegerse y robustecerse.

F. Las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

Entre 1841 y 1843, se nombró una Junta Legislativa, compuesta de "notables" quienes elaboraron lo que se denominó Bases de Organización Política de la Nación. En tanto que las llamadas juntas departamentales elegían como presidente a Santa Anna, la nueva constitución centralista suprimía el

⁹³ TENA RAMIREZ Felipe: *Idem.*, pág. 206.

supremo poder conservador establecido por la constitución de 1836, vigorizaba de tal modo el Poder Ejecutivo que los poderes Legislativo y Judicial quedaban subordinados al primero.

El nuevo texto constitucional, cuya vigencia sólo sería de tres años, pues la lucha nacional por cambiar la forma de gobierno y retomar al sistema federal aún no cesaba; por el contrario, se había encendido ante las imposiciones del gobierno centralista, de su despotismo y arbitrariedad.

En su parte conducente en relación a nuestro tema decía: "Art. 9.- Derechos de los habitantes de la República: ... II. Ninguno puede ser molestado por sus opiniones: Todos tienen derecho para imprimirlas y circularlas sin necesidad de previa calificación o censura. No se exigirá fianza a los autores, editores o impresores".⁹⁴

Es de observar que, estaba contenido la libertad de expresión (Ninguno puede ser molestado por sus opiniones) Además se recalca que todos tienen derecho para imprimir y hacer circular sus opiniones, sin necesidad de previa calificación o censura, por otra parte la misma fracción ya se refiere a la no exigencia de fianza para autores, editores o impresores.

⁹⁴ TENA RAMIREZ, Felipe; *Idem.*, pág. 407.

En materia religiosa se remite a las disposiciones de las leyes vigentes, además se establece prohibición expresa para escribir sobre la vida privada "los escritos que versen sobre el dogma religioso o las sagradas escrituras, se sujetarán a las disposiciones de las leyes vigentes: en ningún caso será permitido escribir sobre la vida privada"(Art. 9.- fracción III.).⁹⁵

G. Acta de Reformas de 1847.

El Congreso integrado por grupos políticos de diversas ideologías que era a la vez constituyente y ordinario, sesionó el 6 de diciembre de 1846; en funciones de constituyente, el Congreso designó para integrar la Comisión de Constitución a Espinosa de los Monteros, Rejón, Otero, Cardoso y Zubieta. La mayoría de dicha comisión, en su dictamen del 5 de abril de 1847, declaraba que la Constitución de 1824 rigiera lisa y llanamente, que era la única Constitución legítima del país. El Congreso se avocó a la tarea de hacer reformas a la mencionada constitución.

Con el dictamen aludido se acompañó el voto particular de D. Mariano Otero, que proponía que se observara lo que él llamó el Acta de Reformas. En la sesión del 16 de abril, el Congreso rechazó el dictamen de la mayoría y en la del día 22 comenzó la discusión del voto particular de Otero. Con algunas modificaciones y adiciones, aceptadas la mayor parte por su autor, el Acta de Reformas terminó de discutirse el 17 de mayo, fue jurada el 21 y publicada el 22 del año de 1847.

⁹⁵ TENA RAMIREZ, Felipe: *Idem.*, pág. 407.

El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, restableció la vigencia de la Constitución Federal de 1824 con algunas reformas, declaró, en su parte conducente en relación a nuestro tema de investigación; en su Artículo 26 así: "Ninguna ley podrá exigir a los impresores fianza previa para el libre ejercicio de su arte, ni hacerles responsables de los impresos que publiquen, siempre que aseguren en la forma legal la responsabilidad del editor. En todo caso, excepto el de difamación, los delitos de imprenta serán juzgados por jueces de hecho y castigados solo con pena pecuniaria o de reclusión".⁹⁶

Es de observar que el anterior citado artículo se refiere a la libertad de expresión en su forma escrita o impresa, y estatuye esta garantía de que ninguna ley podrá exigir a los impresores fianza previa para el libre ejercicio de su arte, es importante señalar que los delitos en que incurran los impresores, deberán ser juzgados por jueces de hecho y como penas la pecuniaria o de reclusión, lo que no incluye, por ejemplo el cierre de la imprenta, además no hay más limitación a esta libertad de la que incurrir en un hecho delictuoso.

H. Constitución de 1857.

En lo fundamental, se apegaba a la de 1824, se inspiraba en los principios ideológicos de la Revolución Francesa, y en cuanto a la organización política tomaba como modelo la de Estados Unidos de América.

⁹⁶ TENA RAMIREZ, Felipe, op. cit., pág. 475.

El sistema de gobierno establecido era de carácter republicano, representativo, federal y dividido en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Se destacó la prohibición expresa de reelegir de modo sucesivo a los encargados del poder ejecutivo, tanto en la unión como en los estados.

La Carta Magna, integrada por VIII títulos y 120 artículos, en los primeros 29 establecía los derechos del hombre y consagraba las siguientes libertades: de enseñanza, de trabajo, de pensamiento, de petición, de asociación, de comercio e imprenta.

Además, incorporó algunas de las leyes que le había precedido en el gobierno provisional como la de coacción civil para los votos monásticos, en su artículo quinto; la Ley Juárez, artículo trece; la Ley Lerdo artículo 27, que retomaba el federalismo, la democracia representativa y permitía al gobierno intervenir en los actos del culto y en las disciplinas eclesiásticas.

Después de la Guerra de Tres años o de Reforma durante las reuniones ordinarias del séptimo Congreso de la Unión, las Leyes de Reforma expedidas por Juárez en Veracruz entre 1859 y 1860, las cuales completaban la obra legislativa de los liberales puros, fueron incorporadas a la constitución el 25 de septiembre de 1873.

Reza así su artículo sexto, "La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público".⁹⁷

Es de observar que dicho artículo, ya no establecía en ninguno de sus preceptos, la intolerancia religiosa y ni siquiera la protección a la religión católica y había suprimido igualmente todos los fueros del clero.

El artículo séptimo de dicha constitución, que fue consecuencia de la libertad de pensamiento, referida a su medio de expresión por la imprenta, estableció asimismo que se podía escribir sobre todo y se podía publicar sin previas autorizaciones estatales o religiosas.

I. Constitución de 1917.

El movimiento revolucionario que estalló en 1910 y cuyo triunfo se celebraría siete años más tarde, en ocasión de ser proclamada una nueva Carta Magna que recogía los postulados de las fracciones rebeldes victoriosas, fue la consecuencia de la agitación de las ideas liberales que durante el siglo XIX revolucionaron al país y lograron el establecimiento de la república representativa, popular, democrática y federal.

⁹⁷ TENA RAMIREZ, Felipe: op. cit., pág. 607.

Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, publica dos decretos presidenciales el primero de los cuales con fecha del 14 de septiembre de 1916, convocaba a un Congreso Constituyente que reuniría para reformar la constitución de 1857, y debería iniciar sus labores el primero de diciembre del mismo año, para concluir las el 31 de enero de 1917. El segundo decreto, fechado el 19 del mismo mes y año, fijaba la celebración de las elecciones de diputados para el 22 de octubre de 1916. Una vez electos los constituyentes, sostienen una primera reunión el 20 de noviembre, en el Teatro Iturbide de la ciudad de Querétaro.

Pese a que el propósito inicial era que el constituyente reformara, la constitución de 1857; desapareció, para dar paso a la Carta Magna de 1917, "Es que se trata de un nuevo siglo, de condiciones políticas y sociales diferentes, a partir de las cuales se empieza a escribir la historia con otra visión: la del México de hoy. Un México que, en su esencia, es producto de una revolución institucionalizada por la vía del derecho, con la máxima expresión del orden jurídico fundamental : su constitución. El 5 de febrero de 1917, cuando se promulga la constitución de Querétaro, se inicia nuestra historia contemporánea".⁹⁸

El dictamen de la Comisión, en relación con el artículo 6º, que es donde incluye la libertad de expresión, no varió a la que presentó el Primer Jefe del

⁹⁸ CALZADA PADRON, Feliciano; "Derecho Constitucional" Ed. Harla, México, D.F., 1990, pág. 111.

Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, en su Proyecto de Constitución enviado al Congreso Constituyente de 1917.

Los miembros de dicha comisión expresaron en relación con el artículo 6º lo siguiente: "El artículo 6º del Proyecto de Constitución se ha tomado casi literalmente del de la Constitución de 1857. Las razones que lo justifican son las mismas que se trajeron al debate en esa histórica asamblea, lo cual exime a la comisión de la tarea de fundar su opinión, pues le basta con remitirse a las crónicas de aquella época".⁹⁹

Y se propuso lo siguiente: "Artículo 6º La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público".

En otra sesión ordinaria la Comisión de Estilo presentó la minuta del artículo 6º, se aclaró y aprobó lo siguiente: "El artículo 6º decía: los derechos de tercero, provoque algún crimen o delitoTuvimos a bien quitar la palabra crimen, porque la palabra genérica "delito" basta en este caso; es cuestión de grado, y la palabra "delito" puede comprender diversas gradaciones más o menos intensas, de mayor o menor gravedad, basta pues, la palabra delito que abarca a las dos".¹⁰⁰

⁹⁹ CASTAÑO, Luis; "La Libertad de pensamiento y de imprenta". Ed. UNAM. Coordinación de Humanidades, México, D.F., 1967, pág. 5.

¹⁰⁰ CAMARA DE DIPUTADOS L. LEGISLATURA. "LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES", Ed. Manuel Porrúa. Tomo II. 2ª ed., México, D.F., 1978 pág. 527.

No fue sino hasta el año de 1977, donde este artículo fue adicionado para consagrar el derecho a la información, apareció publicada dicha reforma en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1977. Así se agregó al artículo sexto constitucional las palabras; "el derecho a la información será garantizado por el Estado".

EL derecho a la información se plantea en 1975, en el Plan Básico de Gobierno para 1976-1982; después pasó a formar parte del programa fundamental de la nación a partir de la iniciativa enviada por el Ejecutivo que en la parte relativa señalaba: "También se hace necesario garantizar en forma equitativa a los partidos políticos nacionales la disposición de los medios que les permitan difundir con amplitud sus principios, tesis, programas, así como los análisis y opiniones que formulen respecto a los problemas de la sociedad ... el derecho a la información que mediante esta iniciativa se incorpora al Artículo 6º ... será básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y contribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad".¹⁰¹

Con justa razón comenta el tratadista Eduardo Novoa Monreal; "... que todos los hombres necesitan recibir información acerca de lo que sucede en su propia comunidad, en su nación y en el mundo entero y contar con los demás elementos de juicio que les permitan formarse una opinión personal sobre los

¹⁰¹ LOPEZ AYLLON, Sergio: "El Derecho a la Información", Ed. Miguel Angel Porrúa, México, D.F., 1984, pág. 77.

acontecimientos. Es la única manera como pueden alcanzar su más pleno desarrollo, especialmente en lo intelectual, lo cultural y lo moral. En estos planos, la información resulta tan indispensable para los hombres, como puede serlo la alimentación en lo relativo a su conservación y desarrollo físicos".¹⁰²

Es claro que la sociedad moderna ha generado a sus integrantes la necesidad de disponer oportunamente de un caudal de información objetiva y veraz para la toma de múltiples decisiones. El desarrollo tecnológico que ha hecho posible la difusión de mensajes de manera simultánea a un auditorio cuyas proporciones pueden llegar a ser incuantificables, es el origen de una justificada preocupación social respecto al contenido de dichos mensajes.

Se puede decir que el derecho a la información, comprende: "a) El derecho del particular y de los grupos a tener acceso a los medios de comunicación, en determinadas circunstancias y cuando se trate de asuntos de suma importancia para la sociedad ... b) El derecho a recibir información veraz. La propaganda, en todas sus manifestaciones, es en nuestro mundo una fuerza ... tanto que puede dirigir conductas, modelar actitudes y conformar el pensamiento humano. De ahí la necesidad de sujetar la información – sea política o comercial- a criterios de veracidad, para evitar que los pueblos sean manipulados sin que se perciban de ello y conducidos a obrar de modo inconveniente y contrario a sus intereses legítimos, y ... c) El derecho a obtener

¹⁰² NOYOA MONREAL, Eduardo: "Derecho a la vida privada y libertad de información un conflicto de derechos", Ed. Siglo XXI, México, D.F., 1979, pág.148.

de los órganos públicos la información necesaria para salvaguardar los intereses particulares o de grupos ...".¹⁰³

De ésta manera, éste derecho se da como una relación existente entre la sociedad y los medios de comunicación social, de los cuales se exige ser informados con veracidad, objetividad y oportunidad y también el derecho a lograr el acceso a los mismos.

El derecho a la información debe entenderse como un derecho subjetivo que implica el ejercicio de tres facultades distintas, pero interrelacionadas, a saber : recibir, investigar y difundir informaciones. El término información tiene un sentido amplio que abarca los hechos, datos, noticias, opiniones e ideas necesarios para entender la realidad y poder actuar de una manera determinada.

El Derecho a la Información es un derecho subjetivo público, ya que aparenta ostentar un aspecto complementario o paralelo del que tiene como contenido la libre manifestación de las ideas por medios orales o por cualquier otro signo de exteriorización, o sea, que forma parte del contexto de las llamadas garantías individuales instituidas en el Capítulo Primero de la Constitución.

Por su parte el jurista Jorge Sayeg Helú, comenta que "la adición correspondiente al artículo sexto en materia de información: 'El derecho a la

¹⁰³ RABASA, Emilio O. ; CABALLERO Gloria: "Mexicano: ésta es tu constitución", Ed. Miguel Angel Porrúa, 9ª ed., México, D.F., 1994, pp. 56-57.

información será garantizado por el Estado'; pues se ha juzgado que resulta ella muy sintética; demasiado escueta, para que a su amparo puedan tener cabida los tópicos fundamentales a los que debió hacer referencia expresa y hacia los cuales va encaminada, sin duda, su versión jurídica: evitar que la información caiga en el ámbito de la deformación; suprimir radicalmente lo que ha dado en llamarse "manipulación informativa"; desterrar cualquier tipo de modelación de la opinión pública, a través del ejercicio de un control más directo sobre la veracidad de las noticias; mediante una intervención sostenida del Estado al respecto. Por ello, precisamente, es que se haya venido confiriendo especial importancia a la reglamentación del citado derecho a la información ...".¹⁰⁴

Ahora bien dice el artículo 6º constitucional, "el derecho a la información será garantizado por el Estado"; la palabra "garantizar" implica "asegurar" o "proteger". Por ende, de acuerdo con dicho precepto, el Estado no asume la obligación de informar, sino de garantizar, es decir, de proteger o asegurar el derecho a la información. En su connotación más generalizada, información es el acto de enterar o dar noticia de algún suceso, situación o persona. También equivale a educar o instruir. De esta forma se infiere lógicamente que, según la disposición constitucional invocada, el Estado, al garantizar el derecho a todo gobernado a "ser enterado" de cualquier cosa o a "ser instruido o educado".

¹⁰⁴ SAYEG HIELU, Jorge; "Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano". Ed. Porrúa: México, D.F., 1987, pág.156.

CAPITULO CUARTO

LAS LIMITACIONES JURIDICAS A LA LIBERTAD DE EXPRESION.

" Si se silenciara a la opinión y a la discusión es decir al pensamiento y a la expresión, sería como ir en contra de los intereses mismos de la sociedad que ahí encuentra sus fuentes de verdad y de progreso "
Jhon Stuart Mill.

I. Análisis del Artículo Sexto Constitucional

Estatuye el artículo sexto constitucional lo siguiente: "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".

Por lo que se refiere a las últimas diez palabras; "el derecho a la información será garantizado por el Estado", incorporadas al texto constitucional por iniciativa presidencial presentada ante la Cámara de Diputados en el mes de octubre de 1977 y publicada en el Diario Oficial el 6 de diciembre del mismo año; naciendo de esta forma el derecho subjetivo público llamado el "derecho a la información", que pertenece a todo gobernado titular de las garantías individuales. Este tema lo vamos a omitir en este apartado, pues ya fue tratado en el Capítulo Segundo de este trabajo de investigación.

A. La libre manifestación de las ideas.

La libre manifestación de las ideas, pensamientos, opiniones, etc., constituye uno de los factores "sine qua non", para que cualquier país progrese cultural y socialmente. Sólo así, mediante esa divulgación se impulsa la investigación científica, descubriéndose nuevos principios, sustentándose nuevas teorías, llenando lagunas ya existentes del conocimiento, criticando vicios, defectos y errores de principios culturales, políticos y sociales, estructurando las bases para un mundo mejor.

La libertad específica a la que se refiere el citado artículo constitucional en principio se puede pensar que, es fundamentalmente a la emisión verbal u oral de las ideas (pensamientos, opiniones, críticas, etc.) pudiéndose efectuar en conversaciones, discursos, polémicas, conferencias y en general por cualquier medio de expresión o comunicación, pero esencialmente por la radio, cine y televisión. Sin embargo podemos expresar por medio de una escultura, una pintura, o en general cualquier obra de arte, o por una actitud, una idea o conjunto de ideas; el artículo en comento no dice que la manifestación de las ideas sea únicamente verbal u oral sino nos da plena libertad de escoger el medio que consideramos adecuado para expresar nuestros pensamientos, excepto la escritura que lo estatuye otro artículo específico el séptimo.

La humanidad ha desarrollado, en forma superlativa a través del presente siglo, las diversas técnicas de la expresión. El predicador, el folletista,

el orador, el maestro, han ejercido gran influencia en la sociedad; pero en la actualidad, la palabra hablada del comentarista radiofónico, la imagen en movimiento del cinematógrafo, la pantalla de la televisión y la página del periódico, se han convertido en instrumentos de un poder increíble.

Se influye eficazmente en las decisiones; se afecta la naturaleza y la conducta de multitud de personas por medio de sencillas frases reiteradas en gran número de anuncios, en películas donde se glorifica la violencia y el delito, en comentarios que falsifican la verdad en beneficio de ciertos grupos políticos, lográndose de esta manera fomentar el lucro excesivo, la obediencia política ciega, el gusto por la violencia o por la buena conducta ciudadana, por medio de imágenes y palabras contenidas en informaciones comunicadas hábil y persistentemente, de suerte que, ante esta realidad y posible expectativa, la constitución, se yergue altiva para "patentizar" ese derecho.

A través de la historia, la libertad de expresión de las ideas y la información, han sido temas de innumerables pugnas, tratando sobre sí el Estado o cualquier autoridad debe regularla o restringirla, en interés de la verdad, para proteger el bienestar mental y espiritual del individuo y protegerse así mismo en su integridad; también se plantea, respecto al individuo, si este derecho es ilimitado e intocable para hacer circular las ideas o informaciones y tener acceso a las mismas.

Esta libertad nunca ha sido total en ninguna sociedad, pero es implícita en ella la búsqueda de la verdad y multiplicación de los conocimientos, que proporcionan en el ámbito social el florecimiento de la justicia; y se reprobren las injusticias. Cuando cualquier autoridad comete un acto injusto e ilegal pudiendo restringir la libertad de expresión, tiende a usar del poder para descubrir sus actos reprobables; reprimiendo la verdad, evita la exhibición de sus errores y faltas. Donde existe la libertad de expresión es, por lo tanto menos probable que la injusticia pase desapercibida, de ahí, que nuestro criterio se sustente en el sentido de que haya ésta libertad, pero condicionada, a una necesaria reglamentación que la haga efectiva y que no permita, por ningún concepto, la presencia de una situación anárquica, antisocial o antijurídica.

Otra cualidad sobre este derecho, es que habrá entre los miembros de una sociedad, diversidad de ideologías, diferentes corrientes del pensamiento por las que los individuos puedan escoger la que más satisfaga sus ideales. Cuando existe un control rígido o un monopolio estatal sobre los medios de expresión, el resultado será la uniformidad y la estrechez del pensamiento; pero si existe libertad para informar y exponer las ideas, se estimulará en la sociedad el espíritu de exploración y el surgimiento de diversas maneras de pensar. La libertad hace posible poner de manifiesto las obras de escritores, artistas e intelectuales en general, pudiendo, de esta manera, estudiarlas y conocerlas por la comunidad.

El derecho a la libertad de expresar y hacer circular las ideas, se convierte en un medio protector del pueblo, porque se respetarán las opiniones y sugerencias que puedan surgir de grupos minoritarios, aunque disientan del criterio o ideología de la mayorías. Existiendo polémica, discusión o diálogo, se suscita que el pueblo piense y consecuentemente progrese.

Puesto que el artículo séptimo regula específicamente la libertad de escribir y publicar escritos, el sexto lógicamente, ha de aplicarse a todos los casos no previstos por aquél. Comprende en consecuencia, como lo hemos dicho los discursos, las disertaciones, las obras artísticas, las emisiones de radio y televisión y las exhibiciones cinematográficas.

Siendo cualquier garantía individual una relación jurídica, engendra para sus sujetos derechos y obligaciones respecto a la garantía específica que comentamos, el sujeto activo de la relación jurídica tiene en virtud de dicha garantía, el derecho público subjetivo de que el Estado y sus autoridades respeten la libertad de expresión del pensamiento que consiste en la facultad de exponer por cualquier medio opiniones de cualquier índole, política, religiosa, artística, etc., sin verse expuesto a persecución, castigo o discriminación alguna por razón de las opiniones expuestas. También incluye una faz negativa, o sea el derecho a no expresar opiniones sin coartarla, salvo las limitaciones constitucionales.



Existe la obligación estatal y autoritaria que se deriva de ésta garantía, consistiendo en una abstención de parte del sujeto pasivo de la relación jurídica respectiva, en un no hacer, la no intromisión en la esfera del individuo cuyo contenido es la libre expresión de las ideas.

"Este derecho comprende también la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, o sea lo que se llama la libertad de información. Esta incluye el acceso libre a las fuentes de información y la facultad de resguardar en el secreto la fuente de donde esas noticias se han obtenido"¹⁰⁵

Su alcance es muy amplio y ni siquiera lo sospecharon sus autores, los constituyentes de 1857 a quienes copiaron los 1917. Cuando los constituyentes de 1857, lo elaboraron, la manifestación de las ideas, no podía escoger como ahora una entre varios medios de difusión, porque entonces las comunicaciones eran limitadas.

Los hombres no podían estar en contacto inmediato con otros de los cuales estaban separados por la distancia; para esparcir su pensamiento, las generaciones del siglo pasado, tenían que recurrir al correo, al teatro, a las asambleas públicas, los libros y los periódicos.

El correo era lento y dificultoso. EL teatro inocente y simple, era una diversión más que una tribuna de ideas. Las asambleas públicas, al parecer, no eran frecuentes ni constituían un hábito entre los ciudadanos.

¹⁰⁵ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo: "Introducción al Derecho". Fundación de Cultura Universitaria. Reimpresión de la segunda edición, México, D.F., 1991, Pag.211.

La inocuidad del libro se daba por descontada. Los periódicos son los recursos técnicos del siglo XX hacia tiradas pequeñas. Apenas en aquél tiempo se gestaban el teléfono, el telégrafo y la radio. La manifestación de las ideas parecía una campana sin badajo; los constituyentes de 1857 no fueron meticulosos con ella. Se ocuparon de la correspondencia en un artículo y de la prensa en otro.

En aquél tiempo, el artículo no podía parecer escueto. La manifestación de las ideas tenía un campo tan corto, que no había necesidad de que la disposición fuera más explícita. Más tarde, la manifestación de las ideas tomó varias rutas y a la mitad de esta centuria puede dibujarse en las letras de un periódico, sonar en las emisiones de radio, convertirse en figura en una película y sonar y convertirse en figura de televisión. Y la voz que brota y las siluetas luminosas que se asoman en la pantalla, tienen para el gran público un sortilegio que no poseen los oradores ni los actores de teatro. Esa voz y esas siluetas son dueños de un influjo inimaginable, y son capaces de producir efectos que no adivinaron al crear el artículo ahora muy supérfluo, los constituyentes de 1857 y 1917.

B. Concepto y actualidad de la inquisición.

Examinando algunos de los elementos que forman esta garantía encontramos que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa". Entendemos que inquisición es toda averiguación llevada a cabo con un determinado fin, el cual consiste en el caso

de esta garantía, en establecer cierta responsabilidad y en aplicar la sanción que a ésta corresponda.

Ningún juez o ninguna autoridad administrativa, de cualquier orden que sea, puede indagar o inquirir sobre la expresión de las ideas del gobernado, y como consecuencia éste no puede ser sometido a ninguna investigación para fijarle alguna responsabilidad al emitir dicha manifestación y para imponerle la sanción correspondiente, a menos que se sitúe dentro de las excepciones que el mismo artículo establece.

De esta forma este artículo otorga a toda persona la garantía de practicar libremente el derecho de exteriorizar su pensamiento, imponiéndole al Estado, para tal efecto, la prohibición de ejercer cualquier tipo de inquisición - investigación o averiguación- judicial o administrativa, sobre todo aquello que tenga que ver con dicha expresión. Se entiende el término inquisición como la acción investigadora y de averiguación llevada a cabo por jueces o funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, con el fin de imponerse sobre el contenido de la expresión del pensamiento de determinada persona.

Esta protección es ampliamente justificada, si se toma en cuenta que la expresión de pensamiento no es libre si se subyuga a la vigilancia o a la investigación de un juez o de una autoridad administrativa. Entendemos que al prohibir la inquisición, el artículo sexto elimina cualquier averiguación, pesquisa, examen, supervisión o censura, porque si estos actos acompañan al hombre

cuando se comunica con sus semejantes, pierde la independencia y la autonomía que la ley suprema quiere donarle en su capítulo de las garantías individuales.

El jurista Polo Bernal nos comenta al respecto "Prohíbe este artículo toda inquisición judicial o administrativa, esto es, la formación de un criterio previo, de un prejuicio o pre juzgamiento, valga decir, impide que el que acusa juzgue a la vez, y que, solamente se inquiera o averigüe mediante un proceso judicial o de un proceso administrativo cuando ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público".¹⁰⁶

C. Limitaciones constitucionales a la libertad de expresión de las ideas.

En el artículo sexto constitucional aparece, al lado de la consagración del principio de la libre manifestación de las ideas, las limitaciones que al ejercicio del mismo se imponen. En el caso que nos ocupa, el legislador ha creído conveniente sacrificar, en aras de los intereses sociales, una parte del ejercicio de la libertad de expresión; ha impuesto límites a ésta estableciendo que la inquisición de la libre manifestación de las ideas, prohibida en todos los demás casos, puede tener lugar cuando con la manifestación de las ideas se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público, cuatro limitaciones estas impuestas por la misma ley

¹⁰⁶ POLO BERNAL, Efraim; "Breviario de Garantías Constitucionales", Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, Pág. 88.

fundamental únicas por cuanto que cualquier otra limitación creada por una ley secundaria o por cualquier autoridad sería francamente anticonstitucional.

1. Ataques a la moral.

La moral, se puede entender desde las meras convenciones sociales, de etiqueta o protocolarias hasta determinadas relaciones sociales. Así la moral variará su contenido según los prejuicios de la clase de la cual provenga en un determinado momento histórico.

La moral debe entenderse según el ángulo desde el que se le mire: para el esclavista, para el señor y para el patrón, la existencia de la esclavitud, la servidumbre y el deprecación legalizada es indiscutiblemente ética; para el esclavo para el siervo y para el asalariado, por el contrario, resaltarán del todo inmoral.

Se ha pensado confinar la moral al ámbito de las relaciones familiares, convencionales, al de las "buenas costumbres", haciendo énfasis en la referencia meramente sexual de este valor. De esta manera aparta al juicio moral de sus objetos más relevantes. Esta moral se castigará por el proferimiento de una palabra considerada como salaz o proclive, la mostración de los órganos genitales, el ayuntamiento de una pareja en un césped público, pero soslayará la explotación sistemática de una clase por otra y las condiciones resultantes de insalubridad, ignorancia y anemia; para la

explotada, soslayará también en la aplicación que se le da a la ciencia, crecientemente orientada a la búsqueda de mayores y más eficaces medios de destrucción humana masiva, y de la misma manera no sólo no reprobará sino que tenderá a justificar el Genocidio.

Las razones por las cuales se deja al arbitrio judicial determinar cuando una palabra proferida atenta contra la moral , son obvias. Inmoral es todo aquello que contraría el "Carnet" de valores de la clase en el poder.

Las responsabilidades o deberes que el individuo siguiendo normas usuales o inspirado por circunstancias emanadas de su raciocinio, con las que sujeta a su persona a determinada conducta ante la sociedad en la que se desenvuelve, constituyéndose en juez de sus propios actos, mediante la voz de ese yo interno, crea así lo que se llama la moral interior o individual lo que viene a ser moral pública es el conjunto de reglas u obligaciones que la sociedad le marca para convivir en ella, con el fin de que perduren las costumbres, para la consolidación de las ideas espirituales y materiales del conglomerado social, representa la moral pública o exterior: el primer campo pertenece a la ética o a la religión y el segundo al derecho.

Las reglas de la moral social son el medio de conservar la moral pública, que es la base y garantía de toda civilización y de prevenir los vicios y los males que trae su falta de observancia y que compromete el buen orden tanto de la sociedad como de la familia.

No todo lo moral trasmutándose en jurídico, pasa a ser asunto de Derecho pues como es sabido, lo jurídico, el derecho, es sólo un minimum de lo ético, dentro del cual otro minimum muy reducido es lo jurídico penal, como un sistema discontinuo y disperso de puntos neurálgicos muy sensibles, donde las excitaciones, al llegar, tomen el carácter de delitos y determinan reacción penales.

Algo difícil de concretar es lo que debe entenderse por moral, ya que como no está fijado con entera precisión por las escuelas filosóficas, los principios de esa ciencia, podrían haber peligro al aplicarlos, estrechándolos o extendiéndolos según cuadrara al criterio de cada juez. Pero, no cabe duda que haya ideas morales universales, y son las adoptadas por las naciones cultas, de acuerdo con el cristianismo y la ciencia. Es preciso observar que el dominio de la moral privada es independiente del Derecho; los delitos contra la moral pública se encuentran especificados en los Códigos. Por lo tanto, las autoridades no pueden perseguir una manifestación de ideas por contraria a la moral, sino cuando tal manifestación infrinja algún precepto del derecho positivo.

Al respecto, la ley deja a la estimación subjetiva del juzgador, fijar los conceptos de buenas costumbres, moral pública y demás que forman la esencia de los delitos que refiere el Código Penal, debiendo contrastar el acto de que se trata con el sentido de moral pública contemporáneo de la sociedad en que se pretende que se ha cometido.

2. Ataques a los derechos de tercero.

Ya los constituyentes de 1857 hacía ver lo peligroso que era reprimir la libertad de expresión cuando por su ejercicio se lesionaran derechos de tercero; Prieto decía : "Prohibir con mucha generalidad atacar los derechos de un tercero es coartar toda la libertad, es inventar un delito hasta cuando se censura o se aconseja a un músico o a un pintor dentro de los límites de la sana crítica y conforme a los preceptos del arte, pues el pintor y el músico pueden decir que se les ataca en su fama, en su profesión".¹⁰⁷

La vida privada en oposición a la pública se puede definir como aquella actividad de las personas que está apartado del comentario, de la discusión, de la crítica, ya que reside principalmente en el seno del hogar y se refiere a la relación del individuo con sus semejantes más allegados. En esta vida privada particular, trata de crearse la reputación, con el fin de tratar de alcanzar los objetivos que persigue, relacionados con el desarrollo de su existencia y su destino; encontramos el honor y la reputación , es por eso que el individuo tiene que ser respetado por todo el mundo y debe estar garantizada su inviolabilidad, por el Estado, aún en posición al ejercicio del sagrado derecho de la manifestación de las ideas.

Las garantías constitucionales tratan de proteger de la manera más amplia, la libertad de expresión, pero no al grado de que, invocando su

¹⁰⁷ CAMARA DE DIPUTADOS. L. LEGISLATURA , "LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO, MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES" Editorial Manuel Porrúa Tomo II, 29 edición, México, D.F., 1978, Pág.523.

nombre, se comentan los delitos comunes de difamación, calumnias e injurias en perjuicio del honor, reputación e intereses de los miembros de la sociedad.

Siguiendo las anteriores ideas, podría decirse que el respeto a la vida privada, sería el respeto a la honra, al honor, a la salud, a la integridad corporal, a la vida. Podría decirse igualmente que el ataque a los derechos de terceros es el ataque a todos estos bienes. Creemos, sin embargo, que es preferible enumerar los bienes protegidos que comprende la vida privada o los derechos de tercero para evitar más que crearse otros suprimirse por el legislador ordinario alguno. Evidentemente que si el legislador ordinario suprimiera la difamación tendríamos que demostrar que la honra pertenece a esos derechos de tercero o a esa vida privada que la constitución menciona y protege.

3. Perturbación al orden público.

Respecto del orden público, resulta oportuno apuntar algunas ideas doctrinales sobre la materia, el jurista Rolando Tamayo y Salmorán cita: "El profesor Posada lo definía diciendo que es aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas

actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos".¹⁰⁸

El tratadista Capitant por su parte lo caracteriza " como el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares; y de los cuales no pueden apartarse éstos, en principio, en sus convenciones".¹⁰⁹

Por su parte el jurista Savigny asimila las normas de orden público con aquellas que se basan en un motivo moral o de interés general, político, económico, de policía o seguridad".¹¹⁰

El tratadista Arthur Nussbaum, dice que el orden público, como noción de la limitación al reconocimiento de las leyes extranjeras".¹¹¹

El jurista "Pillet ha identificado el orden público con la noción de la seguridad social que garantizan las leyes territoriales".¹¹²

Por su parte el autor Eugenio Audinet "dice que es preciso entender por orden público: El conjunto de disposiciones legales o de instituciones que en un Estado tienen por objeto regular y defender los derechos de la sociedad y

¹⁰⁸ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Ed. Porrúa-UNAM, 4a edición., México., D.F., 1991, Pag. 2280.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ MAGALLON IBARRA, Jorge-Marío; "Instituciones de Derecho Civil", Ed. Porrúa, Tomo I México, D.F., 1987. Pag. 147-148.

¹¹¹ Idem Pag. 148.

¹¹² Idem Pag. 149

sus intereses generales, considerados en sus diversas relaciones: intereses religiosos, morales, políticos, económicos, de policía y tranquilidad".¹¹³

El maestro Magallon Ibarra lo define, "el orden público se caracteriza por un conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado"¹¹⁴

Es de observar que cada autor tiene su propio concepto, pues no existe una definición aceptada uniformemente de lo que es el orden público.

Veamos el concepto del Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, "Son leyes de orden público todas las que tienen por objeto el Estado y forman su derecho, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales. No entendemos por ellas, ni toda la legislación positiva de una nación, ni meramente, el derecho orgánico de sus poderes fundamentales. Sus preceptos se inspiran en la necesidad de que el Estado exista y se mantenga. Señalan las condiciones de su vida; regulan el ejercicio de sus facultades: prescriben el campo de acción en el espacio de un derecho positivo, protegen la observancia de éste, imponiendo sanciones penales al infractor; determinan las formas que han de seguirse para el restablecimiento del orden perturbado en la esfera privada y en la pública; establecen principios morales, jurídicos, políticos, religiosos y económicos de tal trascendencia que el legislador no se cree facultado para

¹¹³ Idem Pag. 154.

¹¹⁴ Idem Pag. 155.

dispensar de su cumplimiento, entran todos ellos en lo que venimos señalando con el nombre de derecho del Estado y son todos de orden público".¹¹⁵

En sentido técnico la dogmática jurídica con orden público se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación de derecho extranjero.

Es de observar que las leyes de "orden público", no se refieren necesariamente, al derecho público, como opuesto al derecho privado. Existen, leyes de orden público que regulan instituciones del derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales; por ejemplo: el parentesco, el matrimonio, entre otras.

De lo anterior se sigue que por orden público también se puede entenderse al conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituídas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, ni en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.

¹¹⁵ Idem Pag. 153.

El orden público como realidad estimable es una forma de vida, es la cultura jurídica de una comunidad determinada, un status social establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de su tradición histórica, sus prácticas, costumbres y convencionalismos más generalizados, sus convicciones éticas más arraigadas, sus necesidades y exigencias más sentidas.

El orden público se nos parece, entonces, como un status fundamental deseado por la comunidad jurídica misma y normativamente determinado, unas veces através de la función de los órganos representativos de la voluntad formal de aquella (asamblea constituyente, legislatura, órganos administrativos y judiciales) y otras de un modo consuetudinario.

4. Ley de Imprenta del 12 de Abril de 1917.

En fecha 12 de abril de 1917, don Venustiano Carranza; -entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos-, dictó una Ley de Imprenta, reglamentaria de los artículos sexto y séptimo constitucionales que empezó a regir el 15 de abril de mismo año. Sin embargo esta ley fue declarada por la Suprema Corte pre-constitucional, porque si bien nuestra actual constitución se promulgó el 5 de febrero de 1917 meses antes de que se expidiera la Ley de Imprenta que estamos mencionando, debe tomarse en cuenta que la propia constitución entró en vigor el 1 de mayo del mismo año, y la Suprema Corte ha considerado que no podría reglamentarse una disposición constitucional que aún no estaba vigente; ésta afectada de invalidez, por el hecho de ser

preconstitucional, ya que no es posible reglamentar lo que aún no ha entrado en vigor y además el citado Primer Jefe del Ejército Constitucionalista no tenía facultades para legislar en esa materia.

Sin perjuicio de la ausencia o no de leyes reglamentarias de los artículos 6 y 7 constitucionales, circunstancia que ha sido puesta de manifiesto por la Suprema Corte en varias ejecutorias, existe desde el doce de abril de 1917 en que fué publicada esta legislación, expedida por Don Venustiano Carranza, que delimita los criterios "falta de respeto a la vida privada", "ataques a la moral", "alteración al orden público", que sirven de base a sendas limitaciones constitucionales a la libertad de expresión. No obstante que en la actualidad se sigue aplicando dicha ley reglamentaria, estimamos que jurídicamente hablando no debe de tener vigencia, ya que dicha legislación entró en vigor el día 15 de abril de 1917 (art. transitorio de la misma), ésto es antes que la constitución de 1917, cuyos artículos 6 y 7 pretende reglamentar.

Nos comenta el jurista Luis Bazdresch al respecto que la , "Ley de Imprenta es propiamente preconstitucional y por tanto queda comprendida en la Tesis número 121 de la jurisprudencia común al pleno y a las salas de la Suprema Corte de Justicia, compilada en 1975, que ha decidido que las leyes

de esa categoría tienen fuerza legal y deben ser cumplidas, en tanto que no pugnen con la constitución vigente, o no sean expresamente derogadas".¹¹⁶

Mucho se discute para resolver plenamente si existe en realidad- y en plena vigencia-, una ley reglamentaria de los artículos sexto y séptimo constitucionales o tan siquiera una ley de imprenta. Esta ley ha sido considerada por muchos como inválida por ser preconstitucional, ya que si bien nuestra actual constitución se promulgó el 5 de febrero de 1917, meses antes de que se expidiera la Ley de Imprenta, debe tomarse en cuenta que la propia constitución entró en vigor hasta el 1 de mayo del mismo año.

De esta manera se afirma que la Ley de Imprenta es preconstitucional, y que por lo tanto no se le puede considerar válida a partir de la vigencia de la constitución en general, y en especial de los artículos 6 y 7º.

Estrictamente la anterior afirmación, al menos en sus términos simplistas, no puede considerarse válida. El argumento fácilmente podría disolverse, consultándose la siguiente tesis de jurisprudencia firme:

TESIS 178. Legislación Preconstitucional.- Tiene fuerza legal y debe ser cumplida, en tanto que no pugne con la constitución vigente, o sea expresamente derogada. (Jurisprudencia 1917-1985. Octava Parte, Pág. 295)

¹¹⁶ BAZDRESCH, Luis: "Garantías Constitucionales: Curso Introductorio Actualizado". Ed. Trillas, 4ª edición., México, D.F., 1990, Pág. 122.

Es importante, sin embargo apreciar que basta la simple lectura de la propia tesis, para poner de manifiesto la legislación preconstitucional a que se refiere el criterio de la Suprema Corte está evidentemente dirigida a la legislación ordinaria, que es la que puede tener vigencia antes de la expedición de una nueva constitución, ya que al surgir ésta no tiene porque desaparecer sino en tanto contradiga alguna disposición de la nueva constitución.

Respecto de la Ley de Imprenta no es tanto su carácter preconstitucional sino el de que se hubiera expedido como reglamentaria de los artículos 6 y 7 de una constitución ya expedida pero no vigente como tal.

No se requiere una argumentación típicamente jurídica para llegar a observar que no se puede reglamentar lo inexistente, pero que puede llegar a tener existencia.

El Decreto que creó la Ley de Imprenta dice:

"VENUSTIANO CARRANZA, Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y entretanto el Congreso de la Unión reglamenta los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República, he tenido a bien expedir la siguiente ley...".

No deja de ser llamativo el que una ley reglamentaria tan importante-como aquella que debe referirse a la libertad del pensamiento, y a los límites de ésta para evitar daño o lesión a terceros y a la sociedad en general-, no

haya sido reglamentada directamente por el Congreso de la Unión, sin que pueda valorarse la razón desconocida de esta inactividad legislativa cuya trascendencia es obvio que resalta.

De esta manera en lo concerniente la Ley de Imprenta estatuye:

"ARTICULO 1º Constituyen ataques a la vida privada:

I. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscritos, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensaje, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o puede causarle demérito en su reputación o en sus intereses;

II. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que vivieren;

III. Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieren hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos;

IV. Cuando con una publicación prohibida expresamente por ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo o a sufrir daño en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

ARTICULO 2º Constituye un ataque a la moral:

I. Toda manifestación de palabra, por escrito o por cualquier otro de los medios de que habla la fracción I del artículo anterior, con la que se defiendan o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellas o de sus autores;

II. Toda manifestación verificada con discursos, gritos, cantos, exhibiciones o representaciones o por cualquier otro medio de los enumerados en la fracción I del artículo 2º, con la cual se ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia o a las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos teniéndose como tales, todos aquellos que, en el concepto público, estén calificados de contrario al pudor;

III. Toda distribución venta o exposición al público, de cualquiera manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros,

imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno o que representan actos lúbricos.

ARTICULO 3º Constituye un ataque al orden o a la paz pública:

I. Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematografía, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país, o con los que se injurie a la Nación Mexicana, o a las entidades políticas que la forman;

II. Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o existe directamente al público en general, a la anarquía, al motín, sedición, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquellos y ésta, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, o a los soberanos o jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país, o se aconseje, excite o provoque a la comisión de un delito determinado;

III. La publicación o propaganda de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad en la República o en alguna parte de ella, o de causar el alza o baja de los precios de las mercancías o de lastimar el crédito de la Nación o algún Estado o municipio, o de los bancos legalmente constituidos;

IV. Toda publicación prohibida por la ley o por la autoridad, por causa de interés público, o hecha antes de que la ley permita darla a conocer al público".

5. Provocación de algún delito.

En primer lugar, hay que distinguir la mera expresión o manifestación del pensamiento, por una parte, y la acción o incitación a la acción. Un pensamiento no debe nunca ser calificado como delictivo por absurdo, disparatado, inmoral o inconveniente que pueda parecer a la mayoría de la sociedad. Pero, en cambio, la predicación de ese pensamiento no como mera manifestación de él, sino acompañada de excitativas a una conducta externa

que está prohibida por la ley, puede ser prohibida y penada. Por ejemplo: criticar unas determinadas normas legales sobre el arrendamiento, por considerarlas injustas, constituye el ejercicio del sagrado derecho de libertad de pensamiento, y el ejercicio de una forma lícita de manifestación o expresión del mismo. Mas, por el contrario, incitar a las gentes a que dejen de pagar la renta de los arrendamientos, eso constituye un acto delictivo, porque el derecho vigente protege determinados bienes de acuerdo con las valoraciones en que él está orientado. Censurar una conducta del gobierno es perfectamente lícito, sin limitaciones. Por el contrario, injuriar o calumniar a los funcionarios, o incitar a una multitud para que tumultuosamente se manifieste alterando el orden público, o perturbando el ejercicio normal de las actividades de los órganos del gobierno, todo eso puede ser prohibido y reprimido por el Derecho

Porque postular una doctrina contraria a las adoptadas en la constitución, o en las leyes, no es válido; como tampoco la de alterar el orden público incitando o invitando a abolir o reformar por medios violentos o antidemocráticos la constitución o el funcionamiento de las limitaciones gubernativas o a separar de sus cargos a los altos funcionarios federales o estatales.

La libertad de expresión se traduce en la licitud de la disensión (opinión contrario), pero no autoriza la incitación o invitación a alterar por medios violentos el sistema de gobierno establecido.

De ahí que sea posible establecer en el Código Penal delitos llamados contra el honor tales como la injuria, la difamación o la calumnia, que son cometidos por medio de la expresión. Si la libertad de expresión absolutamente ilimitada nadie podría ser castigado por los insultos lanzados contra otra persona, que es el significado de la injuria; ni tampoco podría ser reclamado en cuanto a su responsabilidad por la imputación de hechos a una tercera persona, de los cuales pudiera resultarle a ésta una disminución de su reputación o menosprecio de sus semejantes. Igualmente quedaría impune aquel que públicamente difundiera la presunta comisión de un delito imputado a una persona que fuera inocente.

Existe también algunos delitos catalogados como "contra la moral pública y las buenas costumbres"; pues la penalización de exhibiciones públicas obscenas, la incitación al comercio sexual o el facilitamiento o procuración de la corrupción de menores, lenocinio, constituyen delitos que se acogen a la limitación de la libertad de expresión.

El delito de falsedad de declaraciones ante la autoridad, sino existiera limitación jurídica al respecto, podría alegarse que se está haciendo uso de la libertad de expresión al dar a la autoridad informaciones falsas.

El delito de revelación de secretos, el que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele

algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Existen también algunos delitos llamados "contra la seguridad de la Nación" tales: como la traición a la patria, Espionaje, Sedición, Motín, Rebelión, Terrorismo, Sabotaje, conspiración, que su realización perturba el orden público y la paz pública.

La tipicidad de faltas administrativas señaladas habitualmente en las leyes o reglamentos de policía, tiene como fundamento constitucional el mismo razonamiento, es decir, si una conducta o una expresión atacan a la moral puede ser previstas en los ordenamientos relativos a las normas de policía. En ese mismo marco quedan inscriptas las regulaciones administrativas que se refieren a la afectación de los derechos de tercero o al orden público. Es cierto que toda persona es libre de manifestar sus ideas, pero si se le ocurre llegar con un carro de sonido en un vecindario que funciona en la madrugada, estará cometiendo una alteración a la tranquilidad de las personas que duermen. Así atacando los derechos de tercero, prevista en la constitución como limitante a su derecho de manifestar lo que piense, por supuesto, será necesario que la ley prevea la conducta violatoria para que pueda limitarse la libertad expresión de las ideas.

C. Reforma propuesta.

Siguiendo con el análisis de las limitaciones de que habla este artículo sexto constitucional sus términos son sumamente vagos, ambigos e imprecisos

sin que la Constitución, ni la legislación secundaria, ni la jurisprudencia brindan un criterio seguro y fijo para establecer en que casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de terceros o perturba el orden público. Por consiguiente, la estimación de tales consecuencias que en cada caso concreto provoca la manifestación de una idea, queda al arbitrio subjetivo y discrecional de las autoridades judiciales y administrativas.

La Suprema Corte no ha definido los conceptos de moralidad ni orden público, ataquen los derechos de tercero, simplemente los ha aplicado en diversas ejecutorias relativas a diferentes puntos jurídicos, a las hipótesis concretas que se sometieron a su conocimiento. Así procederemos a citar una ejecutoria en que estableció como no ataque a derechos de terceros: "dentro de los derechos del hombre, esta el de poder juzgar la conducta de los funcionarios, con tal de que no se ataque su vida privada, aunque el juicio se emita en términos desfavorables para esos funcionarios".¹¹⁷

En otra tesis, la Suprema Corte implícitamente considera al siguiente caso concreto como no perturbador del orden público: "La manifestación de las ideas y la libertad de expresarlas haciendo propaganda, para que lleguen a ser estimadas por la comunidad, no tienen otra restricción constitucional que los ataques a la moral o la provocación a la comisión de un delito, así como la perturbación del orden público, por lo que aquéllas manifestaciones que

¹¹⁷ Semario Judicial de la Federación, Tomo X, Pág. 452, y Tomo VII, Pág. 791, Quinta Epoca.

tiendan a hacer prosélitos para determinada bandería política o ideológica, no puede constituir, en tanto no alteren el orden público, delito alguno, reprimirlas constituye una violación a las garantías individuales".¹¹⁸

Citaremos ahora una tesis que consideramos más amplia, al estatuir la Suprema Corte el concepto de la moral pública: " La ley deja a la estimación subjetiva del juzgador fijar los conceptos de buenas costumbres, moral pública y demás que forman la esencia de los delitos a que se refieren los artículos 200 del Código Penal Vigente y 2º, fracción III, y 32 Fracción II, de la Ley de Imprenta, la doctrina acerca de este delito establece lo siguiente : para Garaud, los actos impúdicos u obscenos, elementos materiales del delito de ultrajes al pudor, son todos aquéllos actos que ofenden el sentido moral o el pudor público; pero como la noción del pudor es variable según el medio social, y el grado de civilización de los pueblos, es conveniente dejar a los jueces, el cuidado de determinar que actos pueden ser considerados como impúdicos u obscenos. Si se trata de establecer una clasificación entre las mil formas que reviste el delito que nos ocupa, se advertirá que pueden consistir en un ultraje al pudor y también a las buenas costumbres. En esta segunda clase se comprenden aquellos actos, que hieren la honestidad pública, y tienden, por esto mismo, a excitar, favorecer o facilitar la corrupción de las personas de uno u otro sexo.

¹¹⁸ Amparo Directo 4,709/1931. Quinta Época .Tomo XXXVIII, Pag.224.



Fabreguettes establece que habrá ultraje a las buenas costumbres, cuando se compruebe que el análisis, la descripción y la pintura cuidadosamente detallada de escenas impúdicas y lascivas, están destinadas, por la naturaleza misma de la cosa, a seducir o pervertir la imaginación. De esta doctrina se llega a la conclusión de que el delito de referencia consiste, en concreto, en el choque del acto de que se trata, con el sentido moral público, debiendo contrastar el acto reputado delictuoso, con el estado moral contemporáneo de la sociedad, en que se pretende que se ha cometido el delito".¹¹⁹

Estima el Maestro Ignacio Burgoa, y estamos acorde con ello, que " esas limitaciones del artículo 6º constitucional son inútiles, tomando en consideración la otra restricción a ese derecho, y que consiste en que la autoridad judicial o administrativa puede iniciar una inquisición cuando el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento provoque algún delito. Y para demostrar la inutilidad de las limitaciones impuestas, hace las siguientes consideraciones: Cuando se ataca la moral pública, generalmente se comete cualquiera de los delitos que consigna el Código Penal. Por tal motivo, cuando un individuo manifieste una idea que ataque la moral pública, está provocando cualquier delito de los que establece el ordenamiento penal (homicidio, corrupción de menores, etc.), por lo que su conducta en tal sentido puede ser

¹¹⁹ Amparo Directo 1874-1932, Quinta Epoca Tomo XXXIX. Pág.867.

inquirida por las autoridades judiciales o administrativas, al considerarsele como copartícipe de la comisión del hecho delictivo de que se trate. Por otra parte, cuando se atacan los derechos de tercero por medio de la manifestación de una idea, en la generalidad de los casos se cometen delitos de injurias, amenazas, calumnia, difamación, etc. Por último, la expresión del pensamiento, al perturbar el orden público, puede integrar las figuras delictivas de conspiración, rebelión, sedición, etc., por ello, la persona que exprese sus ideas tendientes a realizar tales actos, que siempre importan, actual o potencialmente, la alteración del orden público, puede ser procesada".¹²⁰

Continuamos transcribiendo lo que el jurista Ignacio Burgoa estima al respecto al asentar que: "En síntesis, implicando generalmente la manifestación de las ideas, cuando se ataque la moral pública o los derechos de terceros o se perturbe el orden público, siendo delitos, bien como tentativas o como delitos consumados, y en cuya realización el sujeto de la expresión de las ideas figura como autor intelectual o como coautor, habría bastado con que el artículo sexto constitucional consignase como restricción a ese derecho la de la que se provocara un delito mediante su ejercicio. Además, de esta guisa se evitaría los inconvenientes de interpretación y aplicación que presentan los criterios de "ataques a la moral" y a los derechos de tercero" y "perturbación del orden público" como generadores de sendas limitaciones a la manifestación de

¹²⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales" Ed. Porrúa, 28ª ed...México, D.F., 1996, Pag. 353

ideas. En efecto, sustituyendo dichos criterios limitativos por el que estriba en " la provocación de un delito", se despojaría a las autoridades judiciales y administrativas del arbitrio libre y amplia apreciación de las causas constitucionales restrictivas en cada caso concreto, puesto que la inquisición del pensamiento expresado por un individuo sólo tendría lugar cuando provocase algún delito, o sea, un hecho calificado como tal por la ley, a cuyo tenor tendrían que ceñirse los órganos autoritarios para coartar a una persona su libertad de expresión".¹²¹

Es claro que se trata, como ya se expresaba desde las discusiones del Congreso Constituyente de 1856-1857, de formulaciones bastante vagas, por ello, es menester que en los textos constitucionales se establezca y se consagre el derecho, pero es necesario, que en el texto constitucional aparezcan firme y claramente expuestas los únicos límites compatibles con la subsistencia de este derecho, de tal manera que la reglamentación que el legislador haga del mismo no pueda comportar, en ningún caso la violación o el quebrantamiento del principio de libertad que se debe afirmar de manera solemne.

Es necesario especificar en forma clara y concisa cuándo se incurre en las limitaciones de éste derecho. En esta forma las autoridades administrativas o judiciales o cualquier otra no obrarían a su arbitrio, pues la protección de la

¹²¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio: *Idem*, Pag. 354-355.

libertad humana exige que constitucionalmente se enuncien sus limitaciones, pero al mismo tiempo exista una ley reglamentaria que especifique y de concepto de dichas limitaciones. Para evitar el abuso de su ejercicio y su inoperancia por carencia de precisión. Es necesario definirlo para tratarlo con objetividad. La garantía pretende que sea la ley, es decir, una norma general, obligatoria y abstracta, la que defina los casos en los que puede incurrirse en una violación de derechos con motivo de la libertad de expresión.

Las restricciones o limitaciones tienen que ser explícitas, cuidadosamente reglamentadas y claramente comprendidas, para excluir cualquiera indulgencia en el uso indiscriminado de ese poder, por parte del Estado; y a este se le debe limitar la posibilidad de acallar la palabra, y la discusión antes de que se produzca, exigiéndole que obre sólo después de que se haya expresado una idea, si ésta resulta peligrosa para la seguridad y el bienestar de la sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA .- El pueblo en ejercicio de su poder soberano se autodetermina; por conducto de sus representantes -(poder constituyente)- quien crea, organiza a la persona moral Estado.

SEGUNDA .- El Estado se rige jurídicamente por una constitución; que organiza y establece sus poderes, atribuciones, y su funcionamiento.

TERCERA .- La constitución en su sentido material es el conjunto de normas jurídicas- políticas legisladas o consuetudinarias relativas exclusivamente al ejercicio y funcionamiento del poder del Estado.

CUARTA .- La constitución en su sentido formal, es el conjunto de normas jurídicas- políticas legisladas, es decir elaboradas por el órgano constituyente fundamentalmente destinadas a organizar y estructurar al Estado.

QUINTA .- La constitución es un elemento consubstancial del Estado; documento fundamental jurídico-político, solemne y formal, emitido por el pueblo, en ejercicio de soberanía, reconoce y garantiza los derechos humanos.

SEXTA .- La constitución de los Estados Unidos Mexicanos vigente en su capítulo primero contiene los derechos de los habitantes; los denomina garantías individuales.

SEPTIMA .- En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, consagra la libertad de expresión a favor del gobernado es un derecho humano.

OCTAVA .- En la historia del constitucionalismo mexicano, en sus Códigos Políticos se reconoce como un derecho del hombre, la libertad de expresión, no es un derecho absoluto, al tener limitaciones.

NOVENA .- La libertad se entiende como la facultad de autodeterminación y decisión, es decir, la capacidad propia de la persona humana como atributo de su voluntad quien elige los fines y medios vitales.

DECIMA .- La libertad psicológica o subjetiva, de cada ser humano de escoger los objetivos vitales y de conductas para su realización, tiene lugar en el fuero íntimo del intelecto de la persona; el derecho no puede regular la vida íntima.

DECIMA PRIMERA .- La libertad social, es la potestad que tiene la persona de realizar su actividad para obtener los fines que se ha forjado, se objetiviza al externarse los actos, que son regulados por el Derecho.

DECIMA SEGUNDA .- La libertad jurídica es libertad regulada y limitada; es objeto de regulación por el Derecho.

DECIMA TERCERA .- La libertad jurídica en sentido positivo; es la posibilidad de actuar conforme a la ley: lo permitido y que no este prohibido, ni mandado u ordenado, puede libremente hacerse u omitirse.

DECIMA CUARTA .- El artículo séptimo de la constitución mexicana vigente regula la garantía de libertad de escribir y publicar en cualquier materia; consagra un derecho público subjetivo, para el gobernado que el Estado y sus autoridades deben respetar

DECIMA QUINTA .- La libre manifestación del pensamiento es la facultad de exponer por cualquier medio de expresión o comunicación las opiniones de cualquier índole, sin verse expuesto a previa inquisición judicial o administrativa.

DECIMA SEXTA .- La libertad de expresión; tiene las limitaciones que establece la constitución, sera objeto de inquisición cuando se ataque a la moral, o los derechos de tercero, o se provoque algún delito o se perturbe el orden público; cuatro limitaciones impuestas por la ley fundamental, cualquier otra limitación creada por una ley secundaria es inconstitucional.

DECIMA SEPTIMA .- Las limitantes a la libertad de expresión que consigna el artículo sexto constitucional son sumamente ambigas e imprecisas, sin que la constitución, ni la legislación ordinaria, ni la jurisprudencia brinden un criterio seguro y fijo para establecer en que casos la libre expresión ataca a la moral, los derechos de tercero o perturbe el orden público.

DECIMA OCTAVA .-El Poder legislativo esta facultado por la constitución para expedir las leyes reglamentarias sobre garantías individuales; es necesario que expida una ley reglamentaria que proporcione los criterios para delimitar los vagos e imprecisos conceptos constitucionales de "ataques a la moral", "derechos de tercero" y "perturbacion del orden público"; con el objeto de darle certeza juridica, al ejercicio de la libertad de expresión que consagra el artículo sexto constitucional.

BIBLIOGRAFIA**A) LIBROS.**

BAZDRESCH, Luis "Garantías Constitucionales: curso introductorio actualizado", Ed. Trillas S.A., 4a ed., México, D.F., 1990.

BEAUCHESHE, G. Etal; "La libertad; perspectivas científica y teológica" Ed. Troquel, S.A., Buenos Aries, Argentina, 1965.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio; "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa S.A., 9a ed., México, D.F., 1994.

_____ ; "Las Garantías Individuales", Ed. Porrúa S.A., 28a ed., México, D.F., 1996.

CALZADA PADRON, Feliciano; "Derecho Constitucional" Ed. Harla, México, D.F., 1990.

CAMPERO Alberto, "Libertad y derecho", Ed. Jus, México, D.F., 1951.

CARPIZO Jorge, "La Constitución Mexicana de 1917", Ed. Porrúa S.A., 9a ed., México, D.F., 1995.

CASTAÑO, Luis; "La libertad de pensamiento y de imprenta", Ed. UNAM, Coordinación de Humanidades, México, D.F., 1967.

CASTRO, Juventino V.; "Garantías y Amparo", Ed. Porrúa S.A., 9a. ed., México, D.F., 1996.

CUEVA, Mario, De la; "Teoría de la Constitución" Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1982.

FERNANDEZ-MIRANDA, Torcuato; "Estado y Constitución", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 1975.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos" Ed. Miguel Angel Porrua S.A., México, D.F., 1988.

GARCIA MAYNES, Eduardo; "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrua, S.A., 48a ed., México, D.F., 1996.

HELLER, Hermann; "Teoría del Estado", Tr. Luis Tobio, Ed. F.C.E., 12a reimpresión, México, D.F., 1987.

HOBBS, Thomas, "Leviatán", Tr. Manuel Sánchez Sarto, Ed. F.C.E., 2a ed. México, D.F., 1994.

JIMENEZ DE ARECHAGA Eduardo, "Introducción al Derecho", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, reimpresión de la 2a ed., México D.F., 1991.

KELSEN, Hans; "Teoría General del Derecho y del Estado", Tr. Eduardo García Maynes, Ed. UNAM, 4a reimpresión, México, D.F., 1988.

LASSALLE, Ferdinand; "¿Qué es una constitución? Tr. Manuel Acosta, Ed. Hispánicas, México, D.F., 1987.

LOPEZ AYLLON, Sergio; "El Derecho a la Información", Ed. Miguel Angel Porrua, México, D.F., 1984.

LORCA NAVARRETE, José F.; "Introducción al Derecho I, Fundamentos Filosóficos", Ed. Pirámide, 2a ed., Madrid, España, 1990.

MADRID HURTADO, Miguel, De la; "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Instituto de Capacitación Política, P.R.I., México, D.F., 1982.

- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, "Instituciones de Derecho Civil", Ed. Porrúa, S.A., Tomo I, México, D.F., 1987.
- MARTINEZ DE LA SERNA, Juan Antonio; "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio; "El Sistema Agrario Constitucional", Ed. Porrúa, S.A., 3a. ed., México, D.F., 1966.
- MILL JOHN, Stuart, "Sobre la libertad", Ed. Diana, México, D.F., 1965.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro A; "Estudio sobre garantías individuales", Ed. Porrúa S.A., 5a ed., México, D.F., 1991.
- MONTESQUIEU, "Del Espíritu de la leyes", Estudio Preliminar de Daniel Moreno, Ed. Porrúa S.A., 6a ed., México, D.F., 1985.
- MUÑOZ COTA, José, "Ensayos", Ed. Impresora y distribuidora, México, D.F., 1996.
- NORIEGA CANTU, Alfonso; "La Naturaleza de las Garantías Individuales de la Constitución de 1917", Ed. UNAM-Coordinación de Humanidades, México, D.F., 1967.
- NOVOA MONREAL, Eduardo; "Derecho a la vida privada y libertad de información un conflicto de derechos", Ed. Siglo XXI, México, D.F., 1979.
- PADILLA Miguel, "Lecciones sobre derechos humanos y garantías", Ed. Abeledo-Perrot, 2a ed, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- PENICHE BOLIO, Francisco, J.; "Introducción al estudio del Derecho", Ed. Porrúa S.A., 11a ed., México, D.F., 1993.

- POLO BERNAL, Efrain; "Breviario de garantías constitucionales", Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1993.
- RECASENS SICHES, Luis; "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa S.A., 10a ed., México, D.F., 1993.
- ROUSSEAU JACOBO, Juan, " El Contrato Social o Principios de Derecho Político", Ed. Porrúa, 8a. ed., México, D.F., 1987.
- SANCHEZ BRINGAS, Enrique; "Derecho Constitucional", Ed. Porrúa, S.A., 2a ed. México D.F., 1997.
- SAN MIGUEL AGUIRRE, Eduardo, "Derechos Humanos legislación nacional y tratados internacionales", Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D.F., 1994.
- SAYEG HELU, Jorge; "Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1987.
- SCHMITT, Carl; "Teoría de la Constitución" Tr. Francisco Ayala, Ed. Revista de Derecho Privado, serie c, vol. VIII, Madrid, España, 1934.
- SERRA ROJAS, Andres; "Teoría del Estado", Ed. Porrúa S.A., 11a ed., México, D.F., 1990.
- _____ ; "Hagamos lo imposible", Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1982.
- SHOPENHAVER, Arturo; "La libertad y el honor", Ed. Tor, Rio de Janeiro, Buenos Aires, 1943.
- SOTO ALVAREZ, Clemente; "Selección de términos jurídicos, políticos, económicos y sociológicos", Ed. Limusa, México, D.F., 1981.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando; "Introducción al Estudio de la Constitución", Ed. UNAM, 3a ed., México, D.F., 1989.

TARDIFF, Guillermo; "La libertad, la libertad de expresión, ideales y realidades Americanas", Ed. Fondo Jaime Torres Bodet, México, D.F., 1958.

TENA RAMIREZ, Felipe; "Leyes Fundamentales de México, 1808-1997", Ed. Porrúa, S.A., 20a ed., México, D.F., 1997.

_____; "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, S.A., 25a ed., México, D.F., 1991.

TERRAZAS, Carlos R.; "Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México", Ed. Miguel Angel Porrúa S.A., 3a ed., México, D.F., 1993.

TRUEBA URBINA, Alberto, "¿Que es una Constitución Política-Social?", Ed. Herrero, 2a ed., México, D.F., 1954.

VILLORO TORANZO, Miguel; "Introducción al Estudio del Derecho" Ed. Porrúa, S.A., 9a., ed. México, D.F., 1990.

B) DICCIONARIOS.

FERRETER MORA, José, "Diccionario de Filosofía, Ed. Alianza, 7a reimpresión, Madrid, España, 1990.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, Ed. Porrúa S.A., 4a. ed., México, D.F., 1991.

C) LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa S.A., 134a. ed. México D.F., 2001.

RABASA, Emilio O., CABALLERO Gloria, "Mexicano: ésta es tu Constitución", Ed. Miguel Angel Porrua, 9a ed., México, D.F., 1994.

Ley de Amparo, Ed. PAC. S.A de C.V., ultima reimpression, México D.F., Marzo 2001.

Ley de Imprenta.

Codigo Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para la República en Materia de Fuero Federal, Ed. Porrua, S.A., 70a ed. México, D.F., 2001

Codigo Civil para el Distrito Federal, en Materia común, y para toda la República en Materia Federal, Ed Porrua S.A., 60a ed. México, D.F., 2001.

Reglamento Gubernativo de Justicia Civica para el Distrito Federal, Ed. PAC. S.A. de C.V., Primera reimpression, México, D.F., Abril 1998.

D) DOCUMENTOS.

CAMARA DE DIPUTADOS L. LEGISLATURA, "LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO, MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES", Ed. Manuel Porrua, Tomo II, 29a., ed. México, D.F., 1978.

DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE QUERETARO 1916-17 Tomo I LIV, Legislatura de la Camara de Diputados, Ed. Facsimilar, México, D.F., 1989.

E) JURISPRUDENCIA.

Semanario Judicial de la Federación Tomo X, pag. 452, y Tomo VII, pag. 791. Quinta Epoca.

Amparo Directo 4,709/1931, Quinta Epoca, Tomo XXXVIII, pag. 224.

Amparo Directo 1874-1932, Quinta Epoca, Tomo XXXIX, pag. 867.