

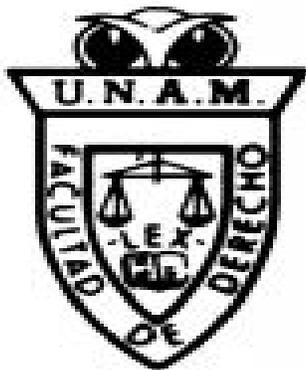


**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL
ESTADO DEMOCRÁTICO”**



**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

PEDRO GARCÍA MARTÍNEZ

ASESOR: Dr. MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO



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.

AGRADECIMIENTOS

*A mi madre **Natalia** quien me ha apoyado siempre en todos mis planes.*

*A mi padre **Valeriano** quien me ha enseñado el camino del progreso.*

*A mi abuelita **Juliana** quien me ha enseñado ser siempre perseverante.*

*A mi abuelito **Cornelio** quien me ha enseñado vencer siempre las adversidades.*

*A mis **hermanas** quienes deben recurrir por el sendero que han elegidos.*

*A mi asesor, el Dr. **Miguel Ángel Suárez Romero** por enmendar a mis errores y por indicar el verdadero camino de la investigación.*

*A **Claudia Villalobos** por su amistad permanente.*

*A **Mariana Domínguez** por su apoyo moral.*

*A la maestra **Evangelina Mendizábal** por los proyectos que ha emprendido hacia los jóvenes nativos de México.*

*Al **Programa México Nación Multicultural** (de la UNAM) por su financiamiento al presente trabajo.*

*A la nación **Mazateca** que ha permanecido en pie a través de los siglos y seguirá fortaleciendo hacia el futuro.*

ÍNDICE

| TEMAS | PÁGINAS |
|---------------------------|----------------|
| Introducción | VI |

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

| | |
|--|----|
| 1. 1: Precisiones terminológicas | 04 |
| 1. 1. 1: Derechos naturales | 04 |
| 1. 1. 2: Derechos morales | 06 |
| 1. 1. 3: Libertades públicas | 06 |
| 1. 1. 4: Derechos públicos subjetivos | 07 |
| 1. 1. 5: Derechos humanos | 08 |
| 1. 1. 6: Derechos fundamentales | 09 |
| | |
| 1. 2: Evolución histórica de los derechos fundamentales | 12 |
| 1. 2. 1: Los derechos fundamentales como concepto histórico | 13 |
| 1. 2. 2: Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales | 13 |
| 1. 2. 3: Modelo de evolución de los derechos fundamentales | 17 |
| 1. 2. 3. 1: Modelo inglés (1689) | 18 |
| 1. 2. 3. 2: Modelo americano (1774) | 22 |
| 1. 2. 3. 3: Modelo francés (1789) | 25 |
| 1. 2. 4: Líneas de evolución de los derechos fundamentales | 26 |
| 1. 2. 4. 1: Proceso de positivación | 27 |
| 1. 2. 4. 2: Proceso de generalización | 29 |
| 1. 2. 4. 3: Proceso de internacionalización | 30 |
| 1. 2. 4. 4: Proceso de especificación | 31 |
| | |
| 1. 3: Fundamentación filosófica de los derechos fundamentales | 32 |
| 1. 3. 1: Necesidad de justificar los derechos | 33 |
| 1. 3. 2: Clases de fundamentación de los derechos fundamentales | 35 |

II

| | |
|--|-----------|
| 1. 3. 2. 1: Atendiendo a los destinatarios | 35 |
| 1. 3. 2. 1. 1: Fundamentaciones abstractas | 35 |
| 1. 3. 2. 1. 2: Fundamentaciones históricas | 36 |
| 1. 3. 2. 2: Atendiendo al carácter de los valores | 38 |
| 1. 3. 2. 2. 1: Fundamentaciones objetivas | 39 |
| 1. 3. 2. 2. 2: Fundamentaciones subjetivas | 41 |
| 1. 3. 2. 2. 3: Fundamentaciones intersubjetivas | 42 |
| 1. 3. 2. 3: Atendiendo a los presupuestos metodológicos | 44 |
| 1. 3. 2. 3. 1: Fundamentaciones liberales | 44 |
| 1. 3. 2. 3. 2: Fundamentaciones multiculturales | 46 |
| 1. 4: Aproximación conceptual de los derechos fundamentales | 48 |
| 1. 4. 1: Las concepciones jusnaturalistas de los derechos | 48 |
| 1. 4. 2: Las concepciones juspositivistas de los derechos | 51 |
| 1. 4. 3: La concepción realista de los derechos | 53 |
| 1. 4. 4: Una concepción dualista de los derechos | 55 |

CAPÍTULO II

ESTADO DE DERECHO Y LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

| | |
|---|-----------|
| 2. 1: Estado de Derecho | 57 |
| 2. 1. 1: Origen y evolución del vocablo | 58 |
| 2. 1. 2: Algunos modelos de Estado de Derecho | 64 |
| 2. 1. 3: Concepto de Estado de Derecho | 67 |
| 2. 1. 4: Rasgos que caracteriza al Estado de Derecho | 69 |
| 2. 1. 4. 1: Imperio de la Ley | 69 |
| 2. 1. 4. 2: División de Poderes | 70 |
| 2. 1. 4. 3: Sujeción de la Administración a la Ley | 72 |
| 2. 1. 4. 4: Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.... | 73 |
| 2. 2: Los derechos fundamentales en el Estado de Derecho | 74 |
| 2. 2. 1: Características de los derechos fundamentales | 74 |
| 2. 2. 1. 1: Universalidad | 75 |
| 2. 2. 1. 2: Inalienabilidad | 75 |

III

| | |
|--|----|
| 2. 2. 1. 3: Irrenunciabilidad | 76 |
| 2. 2. 1. 4: Imprescriptibilidad | 76 |
| 2. 2. 2: Carácter Universal y absoluto de los derechos fundamentales..... | 77 |
| 2. 2. 2. 1: Explicaciones del carácter Universal de los derechos | 77 |
| 2. 2. 2. 2: Distinción entre carácter Universal y absoluto de los derechos | 78 |
| 2. 2. 2. 3: Admisión de límites a los derechos fundamentales..... | 79 |

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

| | |
|---|------------|
| 3. 1: Orígenes doctrinales de la libertad de expresión | 81 |
| 3. 2: La libertad de expresión en el Estado de Derecho actual | 85 |
| 3. 3: La libertad de expresión a la luz de los avances tecnológicos e informáticos | 88 |
| 3. 3. 1: Medios impresos | 88 |
| 3. 3. 2: Medios electrónicos | 89 |
| 3. 3. 3: Conveniencia y peligros de estos medios | 91 |
| 3. 4: La libertad de expresión en los instrumentos internacionales | 92 |
| 3. 4. 1: Declaración Americana y Universal de los Derechos Humanos..... | 92 |
| 3. 4. 2: Convenciones y tratados internacionales | 94 |
| 3. 4. 2. 1: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966...94 | |
| 3. 4. 2. 2: Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969....95 | |
| 3. 4. 2. 3: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 | 97 |
| 3. 4. 2. 4: Otros tratados | 98 |
| 3. 4. 3: La justicia internacional en materia de libertad de expresión..... | 99 |
| 3. 5: Libertad de expresión y democracia | 104 |
| 3. 5. 1: Libertad de expresión y elecciones | 105 |
| 3. 5. 2: Libertad de expresión y ciudadanía | 107 |

| | |
|---|-----|
| 3. 5. 3: Libertad de expresión y partidos políticos | 108 |
| 3. 5. 4: Libertad de expresión y candidatos | 111 |
| 3. 5. 5: Libertad de expresión de los funcionarios públicos | 112 |
| 3. 5. 6: Libertad de expresión y ministros de culto religioso | 113 |
| 3. 5. 7: Libertad artística | 113 |
| 3. 5. 8: Libertad científica o de investigación | 114 |

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

| | |
|--|------------|
| 4. 1: Límites internos a la libertad de expresión | 115 |
| 4. 2: Límites externos a la libertad de expresión | 117 |
| 4. 2. 1: Ataque de derechos a terceros | 117 |
| 4. 2. 1. 1: Dignidad de la persona | 120 |
| 4. 2. 1. 2: Derecho a la intimidad | 120 |
| 4. 2. 1. 2. 1: Intimidad y moral | 122 |
| 4. 2. 1. 3: Derecho a la privacidad | 123 |
| 4. 2. 1. 4: Derecho al honor | 124 |
| 4. 2. 1. 5: Derecho a la propia imagen | 125 |
| 4. 2. 2: Alteración del orden público y la paz social | 127 |
| 4. 2. 3: Comisión de algún delito | 129 |
| 4. 2. 3. 1: Límites al legislador | 132 |
| 4. 2. 3. 2: Justificación de los tipos penales | 133 |
| 4. 2. 4: La moral como límite a la libertad de expresión | 133 |
| 4. 2. 4. 1: Moral pública y moral privada | 134 |
| 4. 2. 4. 2: Derechos de los menores | 135 |
| 4. 2. 4. 3: El pudor y otros actos lúbricos | 136 |
| 4. 2. 4. 4: Ley de delitos de imprenta de 1917 | 138 |
| 4. 2. 4. 4. 1: Análisis | 144 |
| 4. 2. 4. 4. 2: Definiciones importantes | 145 |
| 4. 2. 4. 4. 3: Peligro de sus límites | 148 |

CAPITULO V

**ASPECTOS A CONSIDERAR AL MOMENTO DE ESTABLECER LÍMITES A LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO**

| | |
|--|------------|
| 5. 1: Justificación necesaria para limitar la libertad de expresión | 151 |
| 5. 1. 1: Necesidad de limitar la libertad de expresión desde la Constitución..... | 151 |
| 5. 1. 2: Finalidad de los límites que debe establecer el constituyente | 153 |
| 5. 1. 3: La libertad de expresión debe ser Universal mas no absoluta | 153 |
| 5. 1. 4: Protección constitucional contra los efectos negativos que provoca la libertad de expresión en la sociedad | 154 |
| 5. 1. 5: Límites específicos para la publicación de datos obtenidos en archivos y registros públicos | 155 |
| 5. 1. 6: Formas y aspectos a considerar al momento de limitar la libre expresión en las vías públicas frente al interés general | 156 |
| 5. 1. 7: Algunas reglas para establecer la responsabilidad y sanciones de quienes difunden datos falsos mediante cualquier medio de difusión masivo | 156 |
| | |
| 5. 2: La libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales | 159 |
| 5. 2. 1: Supremacía de los derechos fundamentales como valores superiores del Ordenamiento jurídico | 159 |
| 5. 2. 2: Interpretación conjunta y armónica de las normas de derecho fundamental...161 | |
| 5. 2. 3: El papel de los jueces y demás intérpretes del Derecho en materia de límites a la libertad de expresión | 161 |
| 5. 2. 4: Algunas reglas de la ponderación de principios constitucionales que en forma de derecho fundamental colisionan entre sí | 163 |
| 5. 2. 5: Libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales específicos....165 | |
| | |
| Conclusiones | 167 |
| | |
| Bibliografía | 172 |

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión en cualquier Estado democrático se encuentra reconocida en la Ley Fundamental o Constitución. Constituye una verdadera herramienta de los ciudadanos frente al Poder Público. Pero también ese derecho de libertad puede ejercerse en forma extremista, afectando a otros derechos fundamentales de igual importancia.

Evidentemente, la libertad de expresión tampoco es un derecho ilimitado, tiene sus límites frente a otros derechos fundamentales o principios constitucionales, ya que probablemente existen unos derechos ilimitados pero sólo en el absoluto estado de la naturaleza, ya que en comunidad o en sociedad civil serían inviables derechos de esas características. Los límites a la libertad de expresión deben establecerse desde la Constitución, es decir, en la misma Ley Fundamental donde se encuentra reconocido y garantizado el derecho en cuestión.

Siendo absolutamente necesaria una libertad de expresión plena en cualquier sociedad democrática, cuando esa libertad se ocupa solamente para calumniar o injuriar, no contribuye para nada el buen desarrollo y fomento de la libertad de expresión. Pues todos tenemos la responsabilidad de contribuir a una convivencia pacífica a pesar de intereses tan distintos que pudiéramos tener.

Ahora bien, las críticas dirigidas a los funcionarios públicos resultan necesarias, pues es indispensable vigilar la actuación del Poder Público y denunciar cualquier arbitrariedad que pudieran cometer en contra de los ciudadanos. De lo que se trata es que ante la actuación de los poderes públicos sea beneficiado realmente al interés común y la lucha constante en contra de los intereses particulares de los gobernantes.

VII

El propósito u objeto fundamental de esta investigación es analizar los límites a la libertad de expresión como derecho fundamental en un Estado Democrático de Derecho. A partir de ahí determinar la justificación de dichos límites, su alcance y su finalidad entre los ciudadanos y de estos con el Poder.

Entre nuestros objetivos específicos, se encuentra el describir la evolución y analizar el concepto de los derechos fundamentales; comparar algunas Declaraciones o Tratados sobre los límites a la libertad de expresión; analizar la libre manifestación del pensamiento en los diferentes medios de difusión; revisar los límites de la libertad de expresión en los procesos electorales; analizar los valores superiores en el ordenamiento Constitucional, etc.

En principio, se partió de la hipótesis consistente en que, la libertad de expresión, tiene sus límites frente a otros derechos fundamentales, así como al orden público y a la paz social, con el fin de lograr una convivencia pacífica en nuestro entorno social, en virtud de que en el Estado de Derecho se ponderan los bienes jurídicos en conflicto.

Para la comprobación de nuestra hipótesis planteada, en el desarrollo de la presente investigación se emplearán distintos caminos de conocimiento, admitidos en la rama de las ciencias sociales y de la ciencia jurídica, entre ellos podemos destacar los métodos deductivo, inductivo, descriptivo, analítico, dialéctico y del racionalismo crítico.

VIII

En cuanto a la técnica de investigación, se habrá de utilizar la documental, consistente en el acopio y manejo del material bibliográfico, hemerográfico y electrónico relacionado con el tema del Estado de Derecho, derechos fundamentales y libertad de expresión.

Los conceptos básicos de la presente investigación son: Dignidad humana, derechos fundamentales, Estado de Derecho, Estado Democrático, Poder Público, libertad, igualdad, seguridad jurídica, Ética Pública, Imperio de la Ley, libertad de expresión, límites, derechos de terceros y derechos de libertad.

La presente investigación se compone de 5 capítulos que se denominan:

- Capítulo I. **Evolución y concepto de los derechos fundamentales.**
- Capítulo II. **Estado de Derecho y límites a los derechos fundamentales.**
- Capítulo III. **La libertad de expresión como Derecho fundamental.**
- Capítulo IV. **Límites a la libertad de expresión en un Estado Democrático de Derecho.**
- Capítulo V. **Aspectos a considerar al momento de establecer límites a la libertad de expresión en un Estado Democrático.**

En el Capítulo I, analizaremos por qué es mejor el término “derechos fundamentales” que cualquier otra denominación a los derechos básicos del hombre. Además, estudiaremos la evolución que han experimentado dichos derechos fundamentales a lo largo de la historia de la humanidad y la aportación de las distintas corrientes filosóficas del Derecho hacia estos derechos.

En el Capítulo II, analizaremos los términos Estado y Estado de Derecho, así como la evolución que han tenido desde la antigüedad. También estudiaremos algunos modelos del Estado de Derecho, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico positivo del Estado y sus características, y el por qué los derechos fundamentales “no son absolutos” pero “sí universales”.

En el Capítulo III, se estudiarán los orígenes doctrinales de la libertad de expresión, su desarrollo en el actual Estado de Derecho y su relación con la democracia. Igualmente, resultará indispensable comparar algunas Declaraciones, Tratados y las principales constituciones del mundo Occidental que reconocen y garantizan la libertad de expresión.

En el Capítulo IV, se analizan los límites internos así como los límites externos a la libertad de expresión, la Ley Sobre Delitos de Imprenta de 1917, algunas tesis y jurisprudencias nacionales relacionadas al tema.

Finalmente, en el Capítulo V, analizaremos algunos aspectos que debe considerar el Legislador al momento de limitar la libertad de expresión en el Estado Democrático de Derecho.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de comenzar el presente trabajo, consideramos necesario aclarar algunos términos y lineamientos a seguir, para evitar caer en confusiones:

PRIMERO: La palabra dignidad la escribiremos empezando con la “**D**” mayúscula, es decir, “**Dignidad**”, tal como se escriben algunas otras como; Derecho, Estado, Ilustración, etc. Esta propuesta se debe esencialmente a que el término aludido constituye una parte central de esta tesis, lo cual nos permite explicar algunos elementos esenciales para el ser humano que analizaremos más adelante, como el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor, a la propia imagen entre otros más. Estas son las razones que nos llevan a pensar así, ***no se trata de inventar algo nuevo***, simplemente es porque algunas de las constituciones más modernas siempre toman en cuenta la “Dignidad humana”, así como muchas jurisprudencias extranjeras.

¿**Pero qué es la Dignidad humana?** Para explicar sobre el término, partiremos a partir del *respeto* mutuo que establece el filósofo Kant, al decir que: «*el respeto que tengo por otros o que otro puede exigirme (...) es el reconocimiento de una **Dignidad** (...) en otros hombres, es decir, el reconocimiento de un valor que carece de precio, de equivalente, por el que el objeto valorado (...) pudiera intercambiarse*»¹. Por lo tanto, todo ser humano «no permite equivalencia alguna, tiene una Dignidad»². Al respecto, el profesor Gregorio Peces-Barba nos dice que la

¹ **Kant, Emmanuel**, *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y otro, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 335.

² **Abbagnano, Nicola**, *Diccionario de Filosofía*, trad. de Alfredo N. Galletti, Ed. FCE, México, 2001, p. 324.

«importancia de la Dignidad humana es decisiva para el Derecho»³. Aunque el origen del término «Dignidad humana no es un concepto jurídico, sino más bien una construcción de la filosofía»⁴ para valorar la importancia de todos los hombres, quienes no pueden ser considerados objetos de valor monetario.

El término Dignidad comienza a destacar sumamente a partir del «siglo XX como referencia de todo principio de estimativa jurídica, o valoración del Derecho»⁵. Por ende, creemos que no estamos equivocados al darle tanta importancia a la Dignidad humana, en última instancia, el poder público en general tendría que darle su lugar, como una piedra de cimiento, por ejemplo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, establece en su artículo 1.1 lo siguiente: «**La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público**»⁶. Por otro lado, la Constitución Española en su artículo 10.1 establece que: «**La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social**»⁷.

Aunque hay quienes opinan —como el propio Arthur Kaufmann—, que la Dignidad humana, se usa para conveniencia de algunos, porque a pesar de que si se percibe su contenido tampoco se escapa al relativismo⁸. Incluso la Dignidad podría ser tan sólo una palabra vacía. Sin embargo, de lo que nosotros si estamos convencidos, es que el Estado democrático tiene que considerarla, por ejemplo al momento de aplicar una Ley, pues los seres humanos no pueden ser profanados al ser

³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 11.

⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁵ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 48.

⁶ Véase en: <http://constitución.rediris.es/legis/ConstituciónAlemana.html>

⁷ Véase en: <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>

⁸ Cfr., Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, trad. de Luis Villar y otro, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 334.

tratados por el poder estatal como un simple objeto, pues cualquier violación en sus derechos fundamentales debe ser considerado como un detrimento de los valores de que goza el ser humano por el hecho de ser persona⁹.

Entonces, a partir de la explicación kantiana de la Dignidad humana, este ideal supone el mutuo reconocimiento entre los seres humanos: «no sería posible si unos reclamasen para sí esa Dignidad, sin reconocérsela a los demás»¹⁰. Claro que muchas veces somos contradictorios, quizás por algunos intereses personales, cuando por ejemplo se dice que en nuestro interior surgen «instintos ambivalentes, como el altruismo y el egoísmo»¹¹. Sin embargo, es nuestro deber el respeto mutuo entre nuestros semejantes y en todas las prácticas de las relaciones sociales.

SEGUNDO: Las constituciones y algunas jurisprudencias extranjeras que tomaremos en cuenta, no es que sean norma positiva para nosotros los mexicanos, sino que **“se entenderán siempre”** como sugerencias a seguir y dignas de ser consideradas en su momento, pues al final de cuenta nos servirán para instruirnos; además, porque los derechos fundamentales deben ser considerados como normas universales.

TERCERO: Adoptaremos el término de **“derechos fundamentales”**, salvo las citas textuales, pues respetaremos el término que hayan adoptado cada uno de los autores que consultemos para enriquecer el presente trabajo. Más adelante explicaremos cada uno de los términos a que nos estamos refiriendo.

⁹ Cfr., Schwabe, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, trad. de Marcela Anzola Gil, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, p. 17. —Se trata de la Sentencia 30, 1, Segunda Sala, 15 de diciembre de 1970.

¹⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Ed. Fontamara, México, 2000, p. 56.

¹¹ Desimoni, Luis María, *El Derecho a la Dignidad Humana (Orígenes y Evolución)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 1.

1. 1: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En este punto, trataremos de aclarar los diferentes términos que se usan para referirse a los derechos fundamentales, algunos son unos términos bien conocidos en la colectividad y otros solamente son conocidos por los juristas.

Se usan tan diversos términos quizás por la riqueza del lenguaje que hablemos y siendo éste una herencia cultural casi nadie lo quiere renunciar¹². Esto es así, porque la «mentalidad colectiva no se forma de la noche a la mañana, sino que es resultado de un largo proceso de penetración de ideas»¹³.

1. 1. 1: Derechos naturales

Desde la antigüedad se usaba el término “**derechos naturales**” el cual se identificaba con una posición iusnaturalista, incluso antes de que ésta apareciera definitivamente como una corriente filosófica del Derecho¹⁴. Pues en la antigüedad muchos seres humanos estuvieron convencidos de que existía un Derecho natural permanente, enteramente válido e independiente de cualquier legislación formulada por el hombre¹⁵. La idea principal es la «existencia de un **estado de la naturaleza**»¹⁶. Plano natural en que al menos, todos los hombres tenían las mismas libertades y todos los objetos o propiedades que se apropiaban cada uno de ellos: ya que eran simplemente suyas sin otra consideración más que el deseo natural de tener bienes para poder subsistir en la naturaleza.

¹² Cfr., Robles, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 19.

¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴ Cfr., Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (Teoría General)*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 25.

¹⁵ Cfr., Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, trad. de Vicente Herrero, Ed. FCE, México, 2000, p. 129.

¹⁶ Estrada, Alexei Julio, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 28.

La idea de un Derecho natural proviene de los filósofos estoicos, se dice que «**Zenón** y sus discípulos colocaban el concepto de “**naturaleza**” en el centro de su sistema filosófico»¹⁷. Esto se percibe con claridad en el sentido de que el término derechos naturales tiene una gran «importancia en la historia de los derechos humanos»¹⁸, aunado a que «ha sido la más utilizada a lo largo de la historia del pensamiento jurídico»¹⁹. Y en gran medida a partir de la Modernidad, por ejemplo: la **Declaración francesa de 1789**, en cuyo texto estaban algunos de los llamados derechos naturales, los pensadores de la *corriente iusnaturalista* decían que no eran el fruto de la voluntad de sus autores, sino que provenían directamente del Derecho natural²⁰.

En la actualidad el término “derechos naturales” tiene un uso «notoriamente restringido»²¹. En todo caso, Gregorio Peces-Barba lo resume de esta manera, son:

- a) «Unos derechos previos al Poder y al Derecho positivo (...),
- b) se describen por la razón en la naturaleza humana y
- c) se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción»²².

En ese sentido, se identifica como un orden normativo universal e inmutable, superior e independiente del Derecho Positivo, de cuya validez se constituye en referente ineludible²³.

¹⁷ **Bodenheimer, Edgar**, *Teoría del Derecho*, Op. Cit. n(15), p. 134.

¹⁸ **Peces-Barba, Gregorio**, *Curso de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(14), p. 26

¹⁹ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 20.

²⁰ **Cfr., García Manrique, Ricardo**, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en **Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros**, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Volumen III, Tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 235.

²¹ **Castro Cid, Benito de**, “El significado de los diferentes nombres”, en **Castro Cid, Benito y otros**, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Ed. Universitas, Madrid, 2004, p. 96.

²² **Peces-Barba, Gregorio**, *Curso de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(14), p. 26.

²³ **Cfr., Ansuátegui Roig, F. Javier**, *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 13.

1. 1. 2: Derechos morales

El término es una creación eminentemente doctrinal, fue acuñado inicialmente por la doctrina anglosajona a mediados del siglo XX, la mayoría de los autores lo designan en una función muy limitada y concreta, recorren con la manifiesta intención de referirse a los derechos básicos de la persona, sin la intención de eliminar las otras denominaciones. Los defensores de la caracterización de los derechos humanos como **derechos morales**, entienden que estos derechos son exigencias o prerrogativas de los individuos ancladas en valores morales básicos (tales como la Dignidad humana), cuya existencia es anterior al Estado y su Derecho²⁴.

En ese sentido, los llamados derechos morales, se consideran «unos derechos previos al Estado y a su Derecho, que son triunfos frente al Estado»²⁵.

1. 1. 3: Libertades públicas

Para algunos juristas se refiere a una expresión equivalente al término “*derechos del hombre y del ciudadano*”, para otros es una designación parcial de los derechos en la que los sujetos privados disponen de plena autonomía frente a los actos del poder público. La expresión libertades públicas proviene de la doctrina francesa del derecho público, la cual es incorporada en el lenguaje de los derechos fundamentales formalmente hasta en los primeros años del siglo XX²⁶.

Este término aparece como una «reacción frente a la ambigüedad del término derechos del hombre»²⁷, especialmente plasmada en la Declaración francesa de 1789. Sin embargo, las llamadas libertades públicas son también una consecuencia de la

²⁴ Cfr., Castro Cid, Benito de, “El significado de los diferentes nombres”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 101 y s.

²⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 25.

²⁶ Cfr., Castro Cid, Benito de, “El significado de los diferentes nombres”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 99.

²⁷ Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(25), p. 24.

filosofía liberal y iusnaturalista del siglo XIX. El campo de acción de este término, solamente abarca a los derechos de libertad, por lo tanto, los derechos de igualdad y los derechos sociales quedan fuera de su jurisdicción.

1. 1. 4: Derechos públicos subjetivos

Estamos ante un término más moderno, más técnico, pero con poca incidencia en el lenguaje natural, por ende, dificulta su comprensión para el no jurista²⁸. Nacieron en el siglo XVIII como **derechos naturales** y comenzaron a ser explicados como **derechos públicos subjetivos** dentro de la doctrina iuspublicista germánica de fines del siglo XIX, pasando posteriormente a la doctrina italiana²⁹.

El término “derechos públicos subjetivos” «significa derechos subjetivos atribuidos por normas de derecho público, en contraposición a los derechos subjetivos atribuidos por normas de derecho privado»³⁰. Al igual que el término libertades públicas, su campo de acción abarca sólo a las relaciones entre el individuo y el Estado³¹ cuya vigencia no comprende relaciones entre los particulares. Dicho término es una consecuencia directa del concepto de **Estado de Derecho**³² y también «considera a los derechos como límites al poder»³³. Sin embargo, el término “derechos públicos subjetivos” «pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica económico-social de nuestro tiempo»³⁴, porque el Estado ha asumido unas mínimas obligaciones sociales.

²⁸ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(14), p. 27.

²⁹ Cfr., Castro Cid, Benito de, “El significado de los diferentes nombres”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 98.

³⁰ Miranda, Jorge, *Derechos Fundamentales y Derecho Electoral*, Ed. UNAM, México, 2005, p. 55.

³¹ Cfr., Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Ed. UNAM, México, 2003, p. 56.

³² Cfr., Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 30.

³³ Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(25), p. 23.

³⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 34.

1. 1. 5: Derechos humanos

Hoy día la expresión **derechos humanos** se usa por doquier, independiente de su cumplimiento, lo usan los medios masivos de comunicación, también los denominados defensores de los derechos humanos, muchos otros ciudadanos y nuestros gobernantes —especialmente— los usan de manera retórica. Evidentemente, es «un término emotivo que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente»³⁵.

Los llamados **derechos** humanos en la actualidad, conservan la esencia de la doctrina clásica de los derechos que tienen todos los hombres como dotación originaria de su propia naturaleza. Son considerados como facultades o poderes de actuación individual que poseen naturalmente todos los ciudadanos por el solo hecho de ser hombres, como derechos subjetivos originarios que constituyen un muro de contención frente a cualquier posible intromisión arbitraria de los gobernantes³⁶.

La expresión derechos humanos «se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara»³⁷. En esencia, el sentido de esta acepción en realidad es equivalente al término “derechos naturales”, pues ambos defienden muchas veces unas pretensiones morales que no se encuentran todavía reconocidas en el ordenamiento positivo del Estado.

En todo caso, —para Desimoni— los llamados derechos humanos encuentran «sus límites en los derechos a la Dignidad de los otros seres humanos»³⁸. En consecuencia, son unos derechos en cuyo campo de acción opera entre las relaciones sociales de los particulares y de estos frente al Estado.

³⁵ Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(25), p. 19.

³⁶ Cfr., Castro Cid, Benito de, “El significado de los diferentes nombres”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 103.

³⁷ Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(14), p. 23.

³⁸ Desimoni, Luis María, *El Derecho a la Dignidad Humana*, Op. Cit. n(11), p. 53.

1. 1. 6: Derechos fundamentales

Al referirnos el término “derechos fundamentales”, estamos haciendo alusión a aquellos derechos básicos y mínimos que debe tener una persona. Aunque esta expresión fuera ya utilizada por primera vez en algunos escritos políticos franceses del final del siglo XVIII, su uso se extendió sólo cuando algunos estudiosos del Derecho Público de Alemania e Italia comenzaron a generalizarlo³⁹.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, nos dice que los llamados «derechos fundamentales (son) **todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar (...)**»⁴⁰. Precisamente, porque estos derechos «son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión»⁴¹.

Por su parte, Gregorio Peces-Barba, al momento de definir a los derechos fundamentales toma en consideración los siguientes elementos: a) Se trata de una pretensión moral justificada, tendiente a facilitar la autonomía y la independencia personal, es decir, la Dignidad humana; b) es un subsistema dentro del sistema jurídico; c) y constituyen una realidad social —innegable—⁴².

Para el profesor Peces-Barba algunos valores son imprescindibles, porque en los «derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el Derecho están entrelazados y la separación los mutila, los hace incomprensibles»⁴³. Sin embargo, el jurista español, nos advierte con claridad que en estos valores, se

³⁹ Cfr., Castro Cid, Benito de, “El significado de los diferentes nombres”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 99.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías (La Ley del más débil)*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otro, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 37.

⁴¹ Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Ed. Universitas, Madrid, 1998, p. 409.

⁴² Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(25), p. 43 y s.

⁴³ *Ibidem*, p. 31.

requiere su incorporación en el Derecho positivo, de lo contrario, serán simplemente unos valores morales y por consiguiente, no tendrían ninguna fuerza para orientar la vida social —en un sentido que favorezca su finalidad moral—. Por ende, necesitamos del Estado moderno y democrático para su cristalización positiva y en consecuencia, que sean garantizados desde la misma norma fundamental, justamente esto vale para evitar que sean **meras Declaraciones**, pues si queremos que realmente se cumplan, su vinculación con el Estado es una necesidad primordial⁴⁴.

Desde luego, tampoco todos los derechos entran en la **categoría de fundamentales**, por ejemplo los que se ejercen siempre entre particulares, aunque en ocasiones podría darse el caso, como sería el pago que reclama un contratista de obra pública ejecutada, el Estado en esa ocasión es despojado de su condición soberana, en tratándose de un negocio cuestionado por la vía judicial —se trata de las pocas veces, donde el Estado y el particular se encuentra exactamente en el mismo plano jurídico—⁴⁵. Claro que se puede referir a ejemplos extremos, si presuponemos al legislador que quisiera inventar unos derechos ridículos y darles categoría de fundamentales, aunque sea «un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludado por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental»⁴⁶. Conforme a este comentario, no sobra explicar que al poseer un derecho fundamental, éste siempre deviene de una norma fundamental como la Constitución⁴⁷.

⁴⁴ Cfr., *Ibíd.*, p. 31 y s.

⁴⁵ Cfr., **Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid**, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Op. Cit. n(41), p. 410.

⁴⁶ **Ferrajoli, Luigi**, *Derechos y Garantías*, Op. Cit. n(40), p. 38.

⁴⁷ Cfr., **Alexy, Robert**, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 47.

¿Pero quienes son los sujetos de los derechos fundamentales? Aquí resulta preciso y necesario aclararlo, pues el «*sujeto pasivo* u obligado principal es el Estado en cuanto, es el titular del poder y el custodio del ordenamiento jurídico»⁴⁸. Entonces, el *sujeto activo* serían todos los hombres, pues se trata de unos derechos mínimos para poder actuar y vivir en sociedad civil, y a la vez estos mismos derechos se constituyen como límite al Estado.

Tampoco debemos olvidar que: «cada derecho implica también un deber; así, la libertad de prensa implica el deber de expresar la verdad e informar verazmente; los derechos políticos, el deber de participación ciudadana y política responsable; el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el deber de respetar la vida y la integridad de nuestros semejantes, etc.»⁴⁹. ¿Por qué comentar esto? Pues muchas veces en manifestaciones públicas o en los diversos medios masivos de comunicación, se reclaman siempre unos derechos, “pero eso sí”, “sin obligación alguna”. ¿Por qué se habla del derecho al aborto en caso de las mujeres existiendo de sobra los métodos anticonceptivos? ¿Por qué algunos sindicatos de la burocracia reclaman unos derechos sin preocuparse ni de lo más mínimo sobre la productividad de sus agremiados? En fin, no es tema de este trabajo, solamente se trata de una mínima reflexión.

Después de esta brevísima explicación sobre el término en cuestión, adoptaremos el término “**derechos fundamentales**” —como lo dijimos al principio—, porque estamos convencidos de que las designaciones anteriores, como la expresión “derechos humanos”, «incurren en redundancia, puesto que sólo el hombre puede ser titular de derecho»⁵⁰. Por ende, nuestro término es más preciso para evitar ambigüedades o imprecisiones.

⁴⁸ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 24.

⁴⁹ Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1991, p. 78 y 79.

⁵⁰ Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Op. Cit. n(41), p. 410.

Esta opción terminológica también cabe perfectamente por los derechos que se defienden en la actualidad, se trata por ejemplo de «defender los derechos de las futuras generaciones con relación a la defensa del medio ambiente, así como la integridad del genoma humano, como un derecho de la especie humana»⁵¹. Estas pretensiones, al momento de que sean incorporados al ordenamiento jurídico, sin lugar a duda, serán también fundamentales.

1.2: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde sus orígenes, el hombre intentó regular la vida humana en sociedad; así en una primera etapa de la existencia, el hombre prehistórico actuaba guiado por impulsos instintivos y dentro de un marco de total anomia reguladora de la relación individual, lo cual daba como resultados sólo atrocidades⁵². En consecuencia, los primeros hombres modernos se sentían desamparados, a merced de todos los fenómenos naturales y políticos en un mundo enteramente mitológico⁵³.

Luego, en los primeros Estados primitivos, el Derecho estaba constituido por la voluntad del príncipe, es decir, de quien ostentaba el poder, y hubo que recorrer un largo período de la historia humana para que se llegara a un sistema de garantías y esto ocurre hasta la Declaración francesa de 1789⁵⁴.

Es justo decir, que la Declaración no necesariamente trajo el cambio para todos, pues recordemos a los trabajadores explotados en el campo, incluso hasta la primera mitad del siglo XX.

⁵¹ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 24.

⁵² **Cfr., Desimoni, Luis María**, *El Derecho a la Dignidad Humana*, Op. Cit. n(11), p. 61.

⁵³ **Cfr., Kaufmann, Arthur**, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit. n(8), p. 63.

⁵⁴ **Cfr., Ibídem**, p. 71.

1.2.1: Los derechos fundamentales como concepto histórico

Algunos de los conceptos de los derechos fundamentales, entre los que destacan la libertad y la igualdad de todos los hombres, no siempre fueron levantados directamente contra el orden político establecido, incluso la Iglesia toleró las prácticas esclavistas. La llamada doctrina del Evangelio fue esencialmente apolítica, simplemente sus enseñanzas lo fueron en un sentido espiritual⁵⁵. Ya para el «Renacimiento representa esencialmente la liberación del espíritu crítico, reprimido y sofocado durante tanto tiempo por los excesos del dogmatismo»⁵⁶.

Pero sólo a partir de 1789, año en que triunfa la Revolución liberal en el Occidente, se consolida la existencia de los derechos fundamentales. Aquí empezó la «utilización de conceptos como Dignidad humana, libertad e igualdad»⁵⁷. Para Peces-Barba existen tres elementos que florecerán los derechos fundamentales a partir del tránsito a la modernidad, los cuales son (1) el debate sobre la tolerancia, (2) el debate sobre los límites del poder y (3) la humanización del Derecho en el ámbito penal procesal⁵⁸.

1.2.2: Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales

Los derechos y libertades de la sociedad actual «son fruto de intensos conflictos sociales y políticos que tuvieron lugar desde los inicios de la Edad Moderna»⁵⁹, claro que debemos tomar en cuenta por ejemplo, la invención de la imprenta (de tipos móviles) hacia 1450, porque gracias a esta innovación industrial al principio de la Modernidad se contribuyó a la difusión de los conocimientos

⁵⁵ Cfr., Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 26.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁷ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 326.

⁵⁸ Cfr., *Ídem*.

⁵⁹ Bartolomé Cenzano, José Carlos, *Derechos y Libertades Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 41.

hasta grandes distancias. De ahí que, aunque «Gutenberg, sin pretenderlo, había sido el maquinista de un nuevo mundo: al inventar el método de difundir las ideas, aseguró la independencia de la razón»⁶⁰. Precisamente a partir de este gran acontecimiento histórico es un “*nuevo amanecer para el hombre moderno*”.

Gregorio Peces-Barba, quién es considerado uno de los mayores exponentes del “tránsito a la modernidad de los derechos fundamentales”, en su principal tesis expone que: «**la aparición del concepto de derechos fundamentales se producirá en la historia a partir del tránsito a la modernidad**»⁶¹.

Para el profesor Peces-Barba, los contextos históricos que dieron origen a los derechos fundamentales son: el económico, el social, el cultural y el político que se dieron en la sociedad Occidental. Por supuesto, las ideas de derechos fundamentales se generalizan en gran medida con la revolución liberal del siglo XVII en la Gran Bretaña, con el movimiento independista en el siglo XVIII de las colonias inglesas en Norteamérica y con la Francia revolucionaria de 1789. Dichos derechos se reconocen por primera en el Derecho positivo⁶², por ejemplo en la “Declaración de Derechos” (Bill of Rights) de 1689 en la Gran Bretaña; la “Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776; y, la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” —sobre estas declaraciones, analizaremos respectivamente en los temas 1.2.3.1, 1.2.3.2 y 1.2.3.3 del presente trabajo—.

Se puede afirmar que en la Modernidad **prosperó la idea** de derechos fundamentales. Importa, sin embargo, aclarar que esta etapa de la historia estuvo precedida por el **Humanismo** y la **Reforma protestante** como fenómenos culturales que contribuyeron al nacimiento de una nueva mentalidad.

⁶⁰ Lamartine, Alphonso Marie de, *Historia de la Revolución Francesa*, Tomo I, Ed. Ramón Sopena, Barcelona, 1979, p. 18.

⁶¹ Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 326 y 327.

⁶² Cfr., *Ibidem*, p. 327.

De esta manera, el Humanismo tendría como elementos imprescindibles, la **naturaleza**, el **arte** y la **moral**; los cuales actúan en oposición a la visión totalizadora de la teología escolástica del mundo medieval, por ende, éste corresponde a un momento histórico de la humanidad, pues es aquí donde se inician los primeros rasgos de la **sociedad secular individualista** que es la sociedad moderna⁶³.

Lo que es aún más plausible, el «punto central del humanismo será su revaloración del hombre y de su Dignidad, perdida en algún sentido en la Edad Media»⁶⁴. También en el humanismo, se encuentran las primeras afirmaciones de **tolerancia**, ésta sería la primera forma moderna de la aparición histórica de los derechos fundamentales⁶⁵, por ello, John Locke dice que «la tolerancia a favor de los que difieren de los demás en materias de religión es tan conforme con el **evangelio de Jesucristo**»⁶⁶. En ese sentido, se debería tolerar tanto a los particulares de diferentes religiones e iglesias de distintas denominaciones —de practicar la tolerancia entre ellos—. Sin embargo, el principal error de la filosofía de Locke es que se trata de una **tolerancia parcial**, pues no incluía a los ateos. Esto tuvo efecto básicamente en Inglaterra y en Norte de Europa, pues esa tolerancia en realidad no incluía tampoco a la Iglesia Católica.

En cualquier caso, la Modernidad representa un momento histórico, cuya importancia radica en que después de varios siglos de monopolio eclesiástico, de nuevo **la ética de la iniciativa humana** se plantea en el ámbito de su autonomía, donde el hombre pudiera hacer lo que quisiera⁶⁷. Pero para llegar a eso, primero se tuvo que combatir la idea escolástica de la educación y

⁶³ Cfr., Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982, p. 57.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁶⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 85.

⁶⁶ Locke, John, *Carta Sobre la Tolerancia*, trad. de M. Goldie, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 114.

⁶⁷ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(63), p. 71.

plantear fórmulas modernas⁶⁸. Pues durante casi toda la Edad Media, el «pensamiento escolástico suministraba una concepción global de la ética y la política presidida por la preeminencia de la teología»⁶⁹. Precisamente por eso, el humanismo se vuelve hacia **Platón** y reacciona contra ese pensamiento escolástico que fue realmente tan influido por **Aristóteles**⁷⁰. Bajo ese «contexto del neoplatonismo, que animaba al individuo a buscar a Dios sin recurrir a un intermediario sacerdotal, el potencial del humanismo renacentista se convirtió en algo explosivo»⁷¹ para la historia del pensamiento humano.

Como ya dijimos al principio, el otro fenómeno social que contribuyó a la Modernidad es la **Reforma protestante**, con un carácter centralmente religioso, tiene su importancia en la cultura y en el pensamiento de esta nueva sociedad, que es la sociedad moderna.

La aportación del protestantismo en el tránsito a la Modernidad, se traduce nada menos que en el «reforzamiento del individualismo y del papel del sujeto individual en la sociedad y en la historia»⁷², es indudable su influencia en la cultura, en las ideas sociales y políticas de la Era Moderna. En ese sentido, los líderes de la Reforma protestante valoraron la elocuencia, la poesía, la habilidad retórica y los conocimientos clásicos, aunque también hay que decirlo con toda claridad, a pesar de estos rasgos, ellos tampoco estaban preparados para investigar y al mismo tiempo debatir con objetividad el llamado **conocimiento pagano**⁷³.

⁶⁸ Cfr., *Ibídem*, p. 81.

⁶⁹ Robles, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Op. Cit. n(12), p. 36.

⁷⁰ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(63), p. 65 y s.

⁷¹ Cornell, Tim y John Matthews, *El Mundo del Renacimiento*, Volumen II, trad. del Thema Equipo Editorial, Ed. Folio, Barcelona, 1995, p. 117.

⁷² Peces-Barba, Gregorio, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(63), p. 94.

⁷³ Cfr., Cornell, Tim y John Matthews, *El Mundo del Renacimiento*, Op. Cit. n(71), p. 153.

En conclusión, el «gran objetivo, de la Modernidad es el protagonismo del hombre»⁷⁴. Pues sólo en la Edad Moderna se producen los cambios oportunos que hacen posible el comienzo de la defensa de los derechos fundamentales, el hombre como individuo, como persona, pasa a ser el centro de la cultura que abandona la perspectiva **geocéntrica** para hacerse **antropocéntrica**. La aparición de la burguesía deja atrás el espíritu corporativo medieval y comienza a tomar fuerza el **espíritu individualista**⁷⁵.

1. 2. 3: Modelos de evolución de los derechos fundamentales

Sabemos que el reconocimiento universal de los derechos fundamentales es un fenómeno realmente **reciente**, si tomamos como base la misma existencia de la humanidad. Fue un gran recorrido histórico que se concretizará en unos derechos básicos del hombre hasta la Declaración francesa de 1789.

Los tres modelos de evolución de los derechos fundamentales que veremos a continuación: el modelo inglés, el americano y el francés; parten de la necesidad de limitar al poder político del Estado absoluto moderno. Excepto en Inglaterra donde solamente se trataba de limitar el *poder regio* frente a unos derechos de la *nobleza*, aunado a que, los textos ingleses tienen un carácter previo, que son del siglo XVII, si contamos desde la ***Petition of rights*** de 1628⁷⁶, en esta época el Parlamento aceptó las solicitudes financieras del *monarca* pero a cambio de que él reconociera la Petición de unos Derechos.

Para luego evitar “algunas desilusiones”, es importante explicar con toda claridad que al principio los únicos titulares de los derechos fundamentales eran

⁷⁴ Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 17.

⁷⁵ Cfr., Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 73.

⁷⁶ Cfr., Peces-Barba Gregorio Martínez, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, en Peces-Barba, Gregorio y otros, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(20), p. 127 y s.

los miembros de la **clase dominante**, de «este modo, incluso con posterioridad a 1789, sólo los sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron durante mucho tiempo la consideración de sujetos *optimo iure*»⁷⁷. Por lo tanto, la universalidad de los derechos vendrá más tarde.

1. 2. 3. 1: Modelo inglés (1689)

El sistema de los derechos fundamentales de los ingleses, se concretizó solamente a través de la historia, pues los actos normativos fundamentales ingleses empiezan con la Carta Magna de 1215 y se culminan con la Declaración de Derechos o Bill of Rights de 1689⁷⁸.

Entonces, el punto de partida es el año de 1215, cuando el Rey “Juan sin Tierra”, fue derrotado y tuvo que someterse al control por los grandes señores feudales, obligándolo a firmar la Carta Magna⁷⁹. En consecuencia, se trata solamente de unos **privilegios exclusivos** para los Barones, Condes, Caballeros, mercaderes y clérigos, así lo señala claramente el artículo 1 y 2 de dicha Carta, que a continuación se transcribe:

«1. Hemos acordado y prometido ante Dios, confirmando la presente Carta perpetuamente, y para nuestros sucesores, que la Iglesia de Inglaterra sea libre y goce de sus derechos en toda su integridad, permaneciendo ilesas sus libertades, de modo que resulte la libertad en las elecciones como la más indispensable y necesaria para la susodicha Iglesia de Inglaterra. Por esta razón, así lo hemos concedido y confirmando por nuestra simple y espontánea voluntad antes de nuestras discordias con nuestros Barones, y obtuvimos la debida confirmación del Sumo Pontífice Inocencio III, obligándonos á

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Op. Cit. n(40), p. 41.

⁷⁸ Losano, Mario G., *Los Grandes Sistemas Jurídicos*, trad. de Alfonso Ruiz M., Ed. Debate, Madrid, 1996, p. 82.

⁷⁹ Margadant, Guillermo F., *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. UNAM, México, 1997, p. 63.

su observancia, y deseando que nuestros herederos la guarden y cumplan perpétuamente y con buena fe.

2. También concedemos perpétuamente en nuestro nombre y en el de nuestros sucesores para todos los hombres libres del Reino de Inglaterra, todas las libertades que á continuación se expresan, trasmisibles á sus descendientes»⁸⁰.

Más tarde, a través del documento denominado “**Habeas Corpus Amenamente Act de 1679**”, en unos de sus párrafos encontramos un principio de legalidad que debe seguir el tribunal en caso de “volver detener a quien ya haya sido juzgado por el mismo delito”. El párrafo en cuestión es el siguiente:

«Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un Habeas Corpus, puede ser aprisionado de nuevo por el mismo delito, á no ser por orden del tribunal ante quien está obligada á comparecer, ó de otro cualquiera competente. El que aprisione, ó de otro cualquiera competente. El que aprisione, ó á sabiendas mande aprisionar por el mismo delito á una persona puesta en libertad por el modo mencionado, será condenado á pagar quinientas libras á la parte perjudicada»⁸¹.

Sin embargo, el sistema inglés moderno de los derechos fundamentales surge a través de los siguientes acontecimientos:

- a) Con el Juez **Eduardo Coke** —primer alto magistrado y luego miembro del Parlamento—, a quien había denunciado las prácticas ilegales del Soberano, según las cuáles son: «1) imponer la Ley marcial; 2) alojar

⁸⁰ “**Carta Magna** de las libertades de Inglaterra concedidas por el Rey Juan (Año 1215)”, en **Gómez Orfanel, Germán**, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 297.

⁸¹ “**Habeas Corpus Amendment Act** de 1679”, en **Gómez Orfanel, Germán**, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Op. Cit. n(80), p. 305.

- soldados y marinos en casas particulares; 3) imponer impuestos y solicitar préstamos sin autorización del Parlamento; y 4) decretar prisiones arbitrarias»⁸².
- b) Ya para 1628, las «ideas de Coke encontraron una formulación en la **Petición of Rights**»⁸³ o Petición de Derechos”. Se trataba de que, el «Parlamento accedió a las solicitudes financieras del Rey a cambio de que él reconociera»⁸⁴ dichos derechos, lo cual significó un triunfo político e histórico del Parlamento frente a las imposiciones arbitrarias de los Estuardo.
- c) Con la **Declaración de Derechos (o Bill of Rights) de 1689**, se establecieron nuevas limitaciones al Poder Regio y a la vez nuevos poderes para el Parlamento inglés.

Algunos de los artículos importantes de la Declaración de Derechos de 1689 que limita al poder real son⁸⁵:

1. ***Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes, o su ejecución, sin el permiso del Parlamento, es ilegal.***
2. ***Que el pretendido poder de la autoridad real de dispensar las leyes, o su ejecución, como ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal.***
4. ***Que toda cobranza de impuestos para la Corona y para su uso, so pretexto de prerrogativa, sin el consentimiento del Parlamento, por un tiempo más largo y de manera distinta a como el Parlamento lo haya decidido, es ilegal.***

⁸² Ursúa-Cocke, Eugenio, *Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón*, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 5.

⁸³ Margadant, Guillermo F., *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Op. Cit. n(79), p. 67.

⁸⁴ Villanueva Colín, Margarita y Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. Oxford University Press, México, 1996, p. 50.

⁸⁵ “Declaración de Derechos (Bill of Rights) de 1689”, en Gómez Orfanel, Germán, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Op. Cit. n(80), p. 306 y 307.

8. Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres.

9. Que la libertad de la palabra, de la discusión y de los parlamentarios no puede ser objeto de examen ante tribunal alguno, y en ningún lugar que no sea el Parlamento mismo.

Ahora, los artículos⁸⁶ que a continuación se transcribe se relaciona directamente con algunos derechos fundamentales.

5. Que es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegales las prisiones y procesamientos de los peticionarios.

10. Que no pueden exigirse fianzas exageradas ni multas excesivas, ni imponerse penas crueles e inusitadas.

A través de esta breve explicación, podemos darnos cuenta de que el sistema inglés de los derechos fundamentales está «vinculado a una lucha histórica»⁸⁷. Por lo tanto, se tardó en completar a través de los siglos.

Precisamente por eso, los «textos ingleses y sus teóricos se plantean desde la historia, y ésa es su gran diferencia con el texto de 1789, que se justifica desde la razón»⁸⁸. Además, tampoco se tiene un nuevo sistema político como el surgido en la Declaración francesa de 1789.

En conclusión, el modelo inglés de los derechos fundamentales, es un producto que fue evolucionando paulatinamente, realmente es como un árbol que conforme va creciendo va dando más y mejores frutos. Su referencia es siempre histórica⁸⁹.

⁸⁶ *Ídem*.

⁸⁷ Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 29.

⁸⁸ Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, en Peces-Barba, Gregorio y otros, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(20), p. 128.

⁸⁹ Sobre el carácter historicista del modelo inglés de derechos fundamentales, véase Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales (Apuntes de Historia de las Constituciones)*, trad. de Manuel Martínez Neira, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 26 y ss.

1. 2. 3. 2: Modelo americano (1774)

Lo que es hoy la Costa Atlántica de los Estados Unidos de América, sabemos que fue colonizada hacia el final del siglo XVI, básicamente por los colonos ingleses —aunque en menor medida por franceses, holandeses y otros inmigrantes europeos—, de allí su nombre, “las Trece Colonias Inglesas”. Como es de suponerse, trajeron consigo algunas instituciones jurídicas inglesas —Common Law o Derecho Común— al Nuevo Mundo.

Conforme se van poblando las Colonias, va creciendo su poder político y comercial, pues a partir de 1621 tuvieron gobiernos locales propios, con Asamblea de Diputados, Consejo de Estado y Gobernador⁹⁰.

Pero es hacia finales del Siglo XVIII, cuando las Trece Colonias ya no soportarían los impuestos excesivos y las restricciones comerciales impuestas por la Corona Británica. La gran reacción de las Colonias fue la convocatoria al **Primer Congreso Continental de 1774** en Filadelfia, con el objeto de pedirle al Parlamento inglés el reconocimiento de *Bill of Rights de 1689* para los habitantes de las colonias⁹¹, pero ante la negativa de la Corona Inglesa de no derogar todos los impuestos —como el del té— condujo a la guerra en el año de 1776 y el 4 de Julio de ese mismo año proclamaron la Independencia de todas las Colonias.

También en ese mismo año tiene lugar la **Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia**, el 12 de Junio de 1776, dicha Declaración constituye verdaderamente un antecedente inmediato de la Independencia norteamericana.

⁹⁰ Villanueva Colín, Margarita y Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Op. Cit. n(84), p. 77.

⁹¹ Cfr., Zárate, José Humberto, “Sistema Jurídico de Estados Unidos”, en Zárate, José Humberto y otros, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. McGraw-Hill, México, 1997, p. 120.

En el artículo 1º de esta Declaración encontramos el reconocimiento de los derechos naturales del hombre hacia el derecho positivo, al establecer:

«1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad»⁹².

Esos principios se vuelven a reafirmar en la “Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de Julio de 1776, la primera parte de su segundo párrafo establece que:

«Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad»⁹³.

Finalmente, el Preámbulo de la “Constitución de los Estados Unidos de América” —de 1787 y oficialmente adoptada en el año de 1789— se defiende totalmente el derecho de libertad, al sostener que:

⁹² “**Declaración** de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de Junio de 1776”, en **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 207.

⁹³ “**Declaración** de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de Julio de 1776”, en **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 209.

«NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta **COSNTITUCIÓN para los Estados Unidos de América»⁹⁴.**

Así, con la **Primera Enmienda** de la Constitución de los Estados Unidos de América se garantiza la libertad religiosa, la de imprenta, la de expresión y la de reunión; con la **Cuarta Enmienda** se garantiza la inviolabilidad del domicilio; con la **Sexta Enmienda** se establece el derecho de ser vencido en juicio por toda causa criminal; con la **Octava Enmienda** se prohíben las fianzas y las multas excesivas —las diez primeras enmiendas fueron ratificadas el 15 de Diciembre de 1791—; y, con la **Décimo Tercera Enmienda** se prohíbe la Esclavitud —enmienda ratificada hasta el 6 de Diciembre de 1865—.

En conclusión, el modelo americano de los derechos fundamentales se encuentra a **medio camino** entre el inglés y el francés, puesto que, toma en cuenta la historia y la tradición jurídica inglesa, hace suyos algunos documentos de las colonias, y en última instancia, los textos de la independencia son de carácter fundamentalmente **racionalista**⁹⁵. Por eso la Revolución norteamericana, en concreto su independencia solamente se **ajustó** un tanto al régimen político y social ya preexistente⁹⁶. En cambio, la creación del federalismo y la Constitución moderna, así como confiar la interpretación y la aplicación de la Constitución al Poder Judicial, sí son creaciones *propriamente de los estadounidenses*.

⁹⁴ Véase en: <http://www.escepticospr.com/Archivos/ConstitucionalEU.htm>

⁹⁵ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 32.

⁹⁶ Cfr., García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en Peces-Barba, Gregorio y otros, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(20), p. 225.

1. 2. 3. 3: Modelo francés (1789)

El texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, es una verdadera declaración de derechos, incluyendo además la proclamación de una serie de principios de organización de los poderes y de funcionamiento del sistema jurídico. En esta Declaración son imprescindibles los principios de libertad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la Ley, de la separación de poderes y de la igualdad tributaria⁹⁷.

Uno de los rasgos más distintivos de la Declaración de 1789, es su carácter **universal**, que trasciende más allá de los problemas de Francia, por ende, es un modelo para toda la humanidad⁹⁸. Se dice que la Declaración y la Revolución francesa es una pareja eterna, esto es así, porque la «intención que impulsó a la Asamblea Nacional francesa a aprobar una declaración de derechos fue dotar a Francia de un nuevo régimen político»⁹⁹, por ende, el régimen anterior a como diera lugar se tenía que convertir en cenizas.

La **Declaración francesa**, fue producto de una lucha **revolucionaria** y sangrienta, años después, Alfonso de Lamartine escribiría: *«la revolución francesa no era, pues, en el fondo, otra cosa que un espiritualismo sublime y apasionado; tenía un ideal divino y universal y, por eso, entusiasmaba más allá de las fronteras de Francia; los que la limitan la mutilan»*¹⁰⁰.

Ante el uso excesivo de la idea revolucionaria de libertad que circulaba en la Francia de 1789, algunos le temían al futuro de Francia, por eso Edmund Burke el primer gran crítico de la Revolución francesa, cuando se refería al espíritu de la libertad en acción, le llamó «un gas carbónico que se ha

⁹⁷ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 113 y s.

⁹⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 117.

⁹⁹ García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en Peces-Barba, Gregorio y otros, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(20), p. 228.

¹⁰⁰ Lamartine, Alphonso Marie de, *Historia de la Revolución Francesa*, Op. Cit. n(60), p. 16.

desatado»¹⁰¹, pues este personaje sugería suspenderla hasta que hubiera calma en la sociedad. Desde luego, la consecuencia de la Revolución francesa ya nada lo detendría.

Otro aspecto importante a destacar, quizás el significado más radical de la Declaración francesa respecto a los otros modelos de derechos, es que en ella interviene la ética laica que es la «ética de la ilustración francesa»¹⁰², la cual se basa definitivamente en la separación de la Iglesia y el Estado, pues está marcada por «un antropocentrismo casi religioso»¹⁰³. Con la misma Declaración se «pretende la destrucción de los apoyos políticos y sociales del Antiguo régimen»¹⁰⁴. A partir de ese momento, los ciudadanos tendrían participación en la formación del gobierno.

Tampoco debemos olvidar que los derechos establecidos en la Declaración son atribuidos a dos titulares distintos: uno es el hombre y el otro es el ciudadano. Considera al **hombre** como individuo intermedio y al **ciudadano** como individuo determinado por su pertenencia a la comunidad política. En el último caso a la comunidad política francesa, de manera que el hombre tendría ciertos derechos y el ciudadano tendría, en tanto hombre, esos mismos derechos y, en tanto ciudadano, algunos más, concretamente los derechos políticos¹⁰⁵.

1.2.4: Líneas de evolución de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales han seguido un proceso de evolución, iniciando primero a partir de su positivación, luego su generalización y más tarde su

¹⁰¹ **Burke, Edmund**, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, trad. de Esteban Pujals, Ed. Rialp, Madrid, 1989, p. 50.

¹⁰² **Peces-Barba, Gregorio**, *Ética, Poder Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 20.

¹⁰³ **Brage Camazano, Joaquín**, *Los Límites a los Derechos Fundamentales en los inicios del Constitucionalismo Mundial y en el Constitucionalismo Histórico Español*, Ed. UNAM, México, 2005, p. 67.

¹⁰⁴ **García Manrique, Ricardo**, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en **Peces-Barba, Gregorio y otros**, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(20), p. 231.

¹⁰⁵ **Cfr., Ibídem**, p. 253.

internacionalización, tiempo después el jurista italiano **Bobbio**, lo agregaría uno más: el de especificación. Analicemos a continuación cada uno de los procesos.

1. 2. 4. 1: Proceso de positivación

El proceso de positivación en materia de los derechos fundamentales, se cristaliza mediante la Declaración de 1789. Este reconocimiento es definitivo para que otros países incluyan en su norma suprema unos mínimos derechos fundamentales con sus respectivas garantías¹⁰⁶.

El proceso de positivación de los derechos fundamentales siempre fue una necesidad, pues la verdad es que no basta proclamar unos derechos de los que el hombre es poseedor, ya sea por naturaleza o por la concesión divina. Más bien tienen una serie de derechos, significa entonces, la necesidad de incorporar estos al Derecho positivo para que tengan así fuerza suficiente y no sean sólo simples proclamaciones sin valor alguno¹⁰⁷.

En este primer proceso, los derechos fundamentales ya recogidos en los textos jurídicos se presentan básicamente como obligaciones estatales, simplemente constituyen unas obligaciones negativas, es decir, obligaciones de “no hacer”. En ese sentido, el Estado no puede intervenir en la autonomía de las personas¹⁰⁸, pues ante cualquier afectación a la esfera jurídica de las personas solamente se haría conforme a una Ley preestablecida.

Se puede concluir que el «proceso de positivación no termina en determinado momento histórico sino que se proyecta en el tiempo»¹⁰⁹. Por eso solamente hasta los «siglos XIX y XX, el proceso de positivación se perfilará y se completará

¹⁰⁶ Cfr., **Asís, Rafael de**, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 22.

¹⁰⁷ Cfr., **Ibídem**, p. 52.

¹⁰⁸ Cfr., **Ibídem**, p. 53.

¹⁰⁹ **Ibídem**, p. 59.

con la toma de conciencia de la necesidad de las garantías y de la protección judicial de los derechos fundamentales»¹¹⁰ al que deben tener acceso todos los hombres.

Evidentemente, dicho proceso continúa hoy en día —en el siglo XXI—, porque lamentablemente muchos Estados todavía no han querido reconocer algunos de los derechos esenciales del hombre. Así lo ha dicho la organización civil denominada “Amnistía Internacional” en su Informe 2008 —el estado de los derechos humanos en el mundo—, en donde se menciona que:

«... 60 años después de haber sido adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos por las Naciones Unidas, que en al menos 81 países todavía se infligen torturas o malos tratos a las personas, que en al menos 54 se las somete a juicios sin las garantías debidas, y que en al menos 77 no se les permite hablar con libertad»¹¹¹.

Obviamente, existen intenciones para consolidar definitivamente la existencia de los derechos fundamentales, por ejemplo la **Resolución 55/2** de la Asamblea General de la ONU —mejor conocida como **Declaración del Milenio**—, adoptada el 8 de Septiembre del 2000, en el artículo 24 de dicha resolución se refiere al respeto de todos los derechos y las libertades fundamentales, y el artículo 25 de la misma se mencionan las medidas que deben adoptar los Estados para respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹². Intenciones como estas no tienen ningún efecto en la sociedad civil si los Estados firmantes no tienen la intención de positivizarla en su ordenamiento jurídico vigente.

También se puede decir que continua el proceso de positivación de los derechos por algunas pretensiones que se manejan en la actualidad como “la integridad del genoma humano”, “el derecho a un medio ambiente sano”, etc.,

¹¹⁰ Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 334.

¹¹¹ Véase en: <http://www.thereport.amnesty.org/esl/report-08-at-a-glance>

¹¹² Cfr., Véase en: <http://www.un.or/spanish/millenniumgoals/ares552.html>

pues muchos ciudadanos pretenden que el Estado los reconozca a través de la Ley Fundamental, para convertirlos en derechos fundamentales —este tema, ya lo hemos tratado en el último párrafo del tema 1.1.6 del presente trabajo—.

1. 2. 4. 2: Proceso de generalización

El individuo, elemento esencial de la relación, ya no es sólo el burgués, como lo fue al principio siendo éste el principal titular de unos derechos, sino que la titularidad se extiende a todos los miembros de la comunidad, en este caso, el proceso de generalización se distingue por tres notas: en primer lugar, la ampliación de los destinatarios de los derechos; en segundo lugar, la aparición de nuevos derechos; y, finalmente la intervención del Estado en el desarrollo y concepción de estos derechos¹¹³.

Este proceso de generalización consistirá en el progreso, aunque tampoco sería para toda la humanidad. De todos modos, existe el esfuerzo de «convertir en reales los principios de 1789 de libertad, igualdad y fraternidad»¹¹⁴.

Los derechos incorporados en la generalización son los derechos de la **asociación** y el del **sufragio universal**. El primero tendrá una repercusión en el ámbito político y también en el sindical, y será el origen de los partidos, de los sindicatos y de las asociaciones para otros fines de tipo cultural, deportivo, etc. El segundo es el derecho de elegir a los gobernantes, para poder hacerlo, ya no sería necesario ser parte de la clase industrial, propietario o poseer cierta cantidad de capital para ejercer dicho derecho¹¹⁵, así también vendría el reconocimiento de los derechos políticos —de votar y ser votadas— de las mujeres durante todo el siglo XX.

¹¹³ Cfr. **Asís, Rafael de**, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Op. Cit. n(106), p. 70 y s.

¹¹⁴ **Peces-Barba, Gregorio**, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 335.

¹¹⁵ Cfr., **Peces-Barba, Gregorio**, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(25), p. 113.

1. 2. 4. 3: Proceso de internacionalización

El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales se inicia ya bien avanzado el **siglo XX**, o, incluso después de la Segunda Guerra Mundial.

No obstante, fue la consecuencia sangrienta de dicho movimiento bélico lo que generó en la conciencia universal, la idea de limitar el poder estatal por la comunidad internacional¹¹⁶. En este proceso, la lucha es por la paz y el rechazo a las guerras.

Evidentemente, la «dificultad mayor en este proceso de internacionalización está en la **inexistencia** de un poder político efectivo, por encima del Estado, y capaz de garantizar la eficacia del Derecho internacional de los derechos fundamentales»¹¹⁷. Esta dificultad radica en que si un poder supranacional se encarga del cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales, el problema consiste en que la competencia de éste depende de la aceptación del Estado que se pretende obligar a cumplir estos derechos.

Es cierto que los tratados y otros documentos relativos a los derechos fundamentales ayudan a su cumplimiento, pero insistimos, son solamente para los Estados que lo hayan asumido de lo contrario no tendría ningún efecto, por ejemplo en **Myanmar**, el gobierno militar no tiene ningún interés en reconocer ciertos derechos esenciales de las personas.

Para que exista una verdadera efectividad de los derechos fundamentales, es necesario que así lo reconozcan en los ordenamientos internos de todos los Estados. Entonces, para evitar la violación de los derechos esenciales del hombre es necesario y realmente conveniente la existencia de un **órgano internacional con fuerza coactiva** que tenga el poder de intervenir en cualquier

¹¹⁶ Cfr., Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(31), p. 5.

¹¹⁷ Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 336.

Estado que haya violado a los derechos esenciales del hombre, con el fin específico de evitar la violación de los derechos fundamentales y no para fines políticos o por la ideología que se profesan en ese Estado en cuestión.

1. 2. 4. 4: Proceso de especificación

El término “proceso de especificación”, es «una terminología que propone **Bobbio**»¹¹⁸, según la cual, en este proceso se tiene la idea de vincular a los derechos y a los contenidos de éstos concretamente con sus **titulares**. Aquí los derechos fundamentales son identificados como un «concepto histórico, es decir, inserto en la cultura política y jurídica moderna»¹¹⁹. En el proceso de especificación de los derechos es importante considerar los siguientes puntos¹²⁰:

- a) Debido a la situación **social** o **cultural** de algunos miembros de la sociedad civil, ellos tienen la necesidad de una garantía especial de derechos para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad que enfrentan en su vida cotidiana.
- b) Debido a la **vulnerabilidad** o **situación física** de algunos miembros de la sociedad civil, tales como los derechos del niño, los derechos de los minusválidos, etc.
- c) Por la **situación que ocupan** algunos miembros de la sociedad civil por ejemplo frente a poderes privados. El ejemplo más claro, es el derecho del consumidor frente a las empresas comerciales que realizan prácticas monopólicas.

¹¹⁸ **Peces-Barba, Gregorio**, *Curso de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(14), p. 180.

¹¹⁹ **Ídem**.

¹²⁰ **Cfr., Ibídem**, p. 181 y s.

Entonces, estos individuos necesitan **legislaciones especiales** para corregir las desigualdades económicas y sociales que enfrentan en su vida cotidiana.

Generalmente, el proceso de especificación tiene como objetivo el establecimiento de los **derechos sociales**. Sin embargo, lamentablemente estos derechos no siempre están garantizados plenamente, su violación no tienen las mismas consecuencias jurídicas como los derechos de libertad —que en caso de violación de dichos derechos deben de ser reparados por la vía jurisdiccional—¹²¹.

Otro obstáculo importante que enfrentan los llamados derechos sociales «a diferencia de otros, tienen un coste elevado»¹²². En todo caso, el Estado actual al menos debe garantizar la igualdad social mínima, por muy costosas que puedan ser tales garantías¹²³. Pues en realidad los costos económicos que ha de realizar el Estado para fines sociales resulta mucho menor si comparamos a un Estado que nunca ha propiciado oportunidad de desarrollo humano, pues tendrían mayores problemas de analfabetismo, desempleo, delincuencia, epidemia, etc.

1. 3: FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El fundamento de los derechos desde una perspectiva filosófica se ha de tomar en cuenta a partir de unos valores básicos que poseen los seres humanos. Aunque para Pérez Luño, los «valores éticos, jurídicos y políticos no pueden pretender una validez general»¹²⁴ ni racional para los derechos. Precisamente porque en la historia del pensamiento humano nada se ha

¹²¹ Cfr., Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Op. Cit. n(40), p. 109.

¹²² *Ibíd*em, p. 110.

¹²³ Cfr., *Ibíd*em, p. 111.

¹²⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. Cit. n(34), p. 134.

establecido racionalmente de manera permanente, de ahí que la «experiencia del pasado muestra que la razón sólo puede acceder a valores relativos»¹²⁵ y nada se ha establecido para un futuro totalmente inmodificable.

Evidentemente, justificar a los derechos fundamentales tampoco es «un juego intelectual, sino una necesidad teórica y práctica»¹²⁶ para establecer ciertas normas surgidas desde unas pretensiones morales que la mayoría de los ciudadanos aspiran a que sean recogidas en las normas positivas del Estado.

En ese sentido, fundamentar o justificar una institución, norma o decisión jurídica supone aportar razones en favor de su reconocimiento hacia el Derecho positivo¹²⁷. Así pues, la indagación sobre la fundamentación de los derechos del hombre se refiere al problema de buscar una justificación racional, es decir, que no sea emotiva ni intuitiva a dichos derechos¹²⁸. Se dice que «no hay realización sin fundamentación, como no hay práctica colectiva eficaz sin ideas elaboradas y colectivamente asumidas»¹²⁹.

En conclusión, la justificación de los derechos fundamentales, tiene por cimientos a los valores morales —como la Dignidad humana, la libertad, la igualdad, etc.— y que sean definitivamente reconocidos por la norma positiva del Estado y al mismo tiempo han de ser dotados de garantías.

1. 3. 1: Necesidad de justificar los derechos

Los derechos fundamentales se identifican con un conjunto de pretensiones de los hombres que se plantean y se enfrentan con decisiones o situaciones de

¹²⁵ **Ídem.**

¹²⁶ **Robles, Gregorio**, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Op. Cit. n(12), p. 16.

¹²⁷ **Cfr., Prieto Sanchís, Luis**, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 17.

¹²⁸ **Cfr., Fernández, Eusebio**, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Op. Cit. n(49), p. 82.

¹²⁹ **Robles, Gregorio**, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Op. Cit. n(12), p. 14.

poder¹³⁰. Desde el tránsito a la Modernidad la lucha de la sociedad civil es limitar el excesivo poder estatal, pero también en la actualidad estos derechos sirven para armonizar la convivencia social, para consolidar definitivamente la existencia de un poder público sobre la **soberanía del Derecho**, con el fin de evitar cualquier resurgimiento de un Estado Absoluto.

Estamos convencidos de que la pertenencia del hombre al Estado no es, como por ejemplo, la pertenencia de un objeto adosado a un edificio, siendo éste un simple dato extrínseco o material¹³¹, pues “pensamos y actuamos como seres racionales” en el que la Dignidad es un valor central.

Ante la necesidad de justificar los derechos se intenta determinar para qué nos sirven y cual es su fin. Por lo tanto, **la justificación de los derechos** fundamentales responden a unas exigencias o necesidades de la naturaleza humana¹³². Además, la «realización de la justicia en el Derecho exige que la norma jurídica respete los contenidos mínimos de las exigencias de la Dignidad de la persona humana»¹³³. No podemos olvidar, incluso en la actualidad, aunque «aun cuando no se reconozca oficialmente la esclavitud, las discriminaciones en base a raza, color o creencias religiosas, pueden producir un sistema jurídico y una moral social que no reconozcan que todos los hombres tienen derecho a un mínimo de protección frente a los demás»¹³⁴, y, frente al poder y fuerza que ejerce el Estado sobre sus gobernados.

Finalmente, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el Derecho positivo, representa el camino más viable para que estos derechos

¹³⁰ Cfr., **Asís, Rafael de**, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Op. Cit. n(106), p. 17.

¹³¹ Cfr., **Vecchio, Giorgio del**, *Filosofía del Derecho*, Op. Cit. n(55), p. 446.

¹³² Cfr., **Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid**, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Op. Cit. n(41), p. 457.

¹³³ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 48.

¹³⁴ **Hart, H. L. A.**, *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 248.

sean respetados y al mismo tiempo sean garantizados para poder exigir su cumplimiento en caso de violación. En esta reflexión, no omitimos pensar que necesitamos del **Estado democrático moderno** para la concretización de los derechos fundamentales.

1.3.2: Clases de fundamentación de los derechos fundamentales

Existen distintas clases de fundamentación de los derechos fundamentales, porque en cada uno de ellos se parte de caminos distintos, aunque estos al final tenga una existencia unitaria. De esta manera distinguiríamos tres formas o caminos de aproximarse a ellos, que se identifican mediante distintas perspectivas o ángulos desde donde se les observen. Así, tendríamos fundamentaciones que atienden a sus destinatarios; aquellas que toman como punto de partida el carácter de los valores que contienen; y, finalmente otros que parten de los presupuestos teóricos o metodológicos desde donde son analizados.

1.3.2.1: Atendiendo a los destinatarios

En este caso, se toma en cuenta hacia *dónde queremos ubicar al individuo*, es decir, al destinatario de los derechos fundamentales, ya sea considerándolo fuera del espacio y del tiempo o bien a partir de un determinado momento y ubicado en la historia.

1.3.2.1.1: Fundamentaciones abstractas

Las fundamentaciones abstractas, toman como punto de partida a un **sujeto ideal**, que es abstraído del tiempo, el espacio físico y la época sin que tenga alguna idiosincrasia. Por ende, trata de justificar los derechos fundamentales sin

referencia a cualquier situación espacial o temporal. En este sentido, al «apartar la dimensión diacrónica se pretende una fundamentación válida para cualquier tiempo histórico»¹³⁵. La crítica consiste en que siempre la humanidad ha tenido una existencia concreta y ha actuado para transformar su historia, sea para bien o para mal, por lo tanto, la historia del pensamiento humano nos muestra que **carecemos** de un sujeto ideal. Entonces, si no contamos con referencia alguna se podrían justificar los derechos fundamentales desde la prehistoria o algunas otras etapas premodernas, significando «fundamentar los derechos humanos en un momento histórico anterior es como intentar alumbrar con luz eléctrica en el siglo XVI»¹³⁶. Situación que sería totalmente ilógico.

1. 3. 2. 1. 2: Fundamentaciones históricas

En esta clase de fundamentación, se trata de ubicar a los destinatarios de los derechos fundamentales en el tiempo y en el espacio, esto quiere decir, en algún momento determinado de la historia humana.

En los primeros siglos de la antigüedad no había protección jurídica para los individuos, al respecto resulta conveniente comentar acerca de la trilogía de Goldschmit¹³⁷.

1º. Lo único que aquí importa es el **monismo** antiguo del **Estado**: Esto es así porque en la antigüedad sólo el Estado estaba institucionalizado, por lo tanto, la Iglesia se confunde con el Estado, **y el individuo carece de toda protección.**

¹³⁵ **Peces-Barba, Gregorio**, “Sobre el fundamento de los Derechos Humanos”, en **Muguera, Javier y otros**, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, p. 267.

¹³⁶ **Ibíd.**, p. 268.

¹³⁷ **Cfr., Goldschmidt, Werner**, *Introducción Filosófica al Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 477.

2º. Luego vendría el **dualismo** medieval: Donde existe ya la separación de **Iglesia** y Estado, uno tiene poder eterno y el otro temporal. Sin embargo, a veces la propia Iglesia llega a tener más poder que el Estado e incluso posee un “poder supranacional”, **en esta etapa el individuo también carece de toda protección jurídica.**

3º. Sólo a partir de la Edad Moderna se completaría la **trilogía**: Por primera vez, se puede hablar de **Individuo**-Estado-Iglesia. Dicho proceso para Goldschmit comienza a partir del Renacimiento, en donde el propio individuo crea un arte propio y una ciencia independiente, claro que la verdadera protección del individuo se alcanzaría hasta la fecha culminante de 1789, que es la fecha de la Revolución francesa, donde el súbdito deviene ciudadano. **Se puede decir que en esta etapa el individuo alcanza por primera vez a su protección jurídica.**

Es hacia finales del siglo XVII que la clase burguesa aparece para luchar en contra del **poder absoluto del rey**, pues con ella aparecen los primeros derechos fundamentales. Esta clase que se identifica con la producción industrial abre el camino, en «consecuencia, a la ideología liberal de cuyos principios son de alguna manera su quintaesencia»¹³⁸. En este sentido, resulta lógico que estos derechos nacieran en un contexto histórico de **influencia burguesa**, por eso al principio estos derechos venían marcados de algunos lastres por los intereses de aquéllos y por la carga ideológica que los sostenían¹³⁹, destacando que «primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más

¹³⁸ **González, Nazario**, *Los Derechos Humanos en la Historia*, Ed. Alfa Omega, México, 2002, p. 18.

¹³⁹ **Cfr., Gimbernat, José Antonio**, “Fundamentación ética de los Derechos Humanos”, en **Muguera, Javier y otros**, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 171.

extendido y tendencialmente universal»¹⁴⁰. En cualquier forma, la burguesía fue la primera en abrir el camino y tiene su reconocimiento en la historia. De igual manera, la «plasmación positiva de los derechos y libertades del ser humano no fue homogénea en todos los países»¹⁴¹.

A través de estas explicaciones nos damos cuenta que “sí existe una verdadera conexión entre Derechos fundamentales e Historia”, cuyos textos más representativos son vigentes y tomados en cuenta hasta nuestros días. Por lo tanto, los derechos fundamentales tienen su alcance hacia el **futuro**. Quizás por eso, el «contenido de los derechos del hombre cambia necesariamente en el proceso histórico»¹⁴². De allí las categorías de derechos como estas: libertades individuales, derechos políticos de participación y derechos de prestaciones sociales, económicos y culturales¹⁴³. Hasta hoy en día son pocos los Estados en donde se puede hablar acerca de la existencia efectiva de un Estado social que expresa las exigencias de los movimientos sociales del siglo XIX y XX¹⁴⁴.

1.3.2.2: Atendiendo al carácter de los valores

En estas fundamentaciones se considera que existen unos derechos que contienen valores de distintas índoles. Algunos creen que esos valores son objetivos, es decir, defienden la idea de derechos ya dados en donde para nada interviene el legislador humano; para otros son puntos de vista de cada autor o de cada filósofo del derecho; y para otros se obtendrían esos mediante un “**consenso en la sociedad**”.

¹⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Op. Cit. n(40), p. 41.

¹⁴¹ Bartolomé Cenzano, José Carlos, *Derechos y Libertades Públicas*, Op. Cit. n(59), p. 42.

¹⁴² González García, José María, “Fundamento de los Derechos Humanos”, en Muguera, Javier y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 181.

¹⁴³ Cfr., Bartolomé Cenzano, José Carlos, *Derechos y Libertades Públicas*, Op. Cit. n(59), p. 44.

¹⁴⁴ Cfr., Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(47), p. 23.

Fundamentar los derechos en forma axiológica supone que «toda sociedad precisa de un núcleo de valores en el que asientan la convivencia. Si no existe la creencia colectiva de un mínimo de valores constitutivos del grupo, éste se desintegra»¹⁴⁵. Como dijera don Luis Recasens, el «Derecho tiene algo que ver con el mundo de los valores, pues parece que no se puede hablar de lo jurídico sin referirlo a algunos valores»¹⁴⁶, como la libertad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, la seguridad jurídica, la Dignidad humana, etc.

1. 3. 2. 2. 1: Fundamentaciones objetivas

En la filosofía de los derechos fundamentales, existe un «conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas, o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos, o de su consciencia valorativa»¹⁴⁷.

Se habla de fundamentaciones objetivas, porque supone que **los derechos ya están dados**, y que para nada interviene un legislador humano en su consolidación. Por ejemplo, Hübner Gallo visualiza que: «Dios no actuó sólo como el Supremo Hacedor, formando un mundo entregado a su propia suerte, sino también como Supremo Legislador»¹⁴⁸. En el sentido de que el hombre no está excluido del orden existente en el universo, salvo cuando la conducta del mismo lo ejerce a su “propio arbitrio”, dentro del amplio campo de libertad¹⁴⁹.

También en el Derecho romano encontramos ideas objetivas de los derechos, en el Digesto por ejemplo aparece la siguiente expresión: «***Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues***

¹⁴⁵ Robles, Gregorio, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Op. Cit. n(12), p. 31.

¹⁴⁶ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 70.

¹⁴⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. Cit. n(34), p. 137.

¹⁴⁸ Hübner Gallo, Jorge Iván, *Los Derechos Humanos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 79.

¹⁴⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 82.

este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves¹⁵⁰. Estas ideas por cierto, más tarde serían condenadas por el cristianismo.

Por su parte, **Santo Tomás** distingue la *lex aeterna*, la *lex naturales* y la *lex humana*. Para él, la *lex aeterna* es la misma Razón Divina que gobierna el mundo y la voluntad de Dios comunicada por revelación y que debe ser aceptada solamente por la fe¹⁵¹.

Ya en la época moderna algunos filósofos como John Locke, afirma que la Ley de la naturaleza permanece como norma suprema ante todos los hombres, legisladores o legislados¹⁵². Y también en Montesquieu, encontramos que «Dios tiene relación con el universo como creador y como conservador; las leyes según las cuales creó»¹⁵³. Con estas ideas de **leyes divinas o de la naturaleza**, serían las leyes fundamentales de todos los hombres. Justamente, en la edad temprana de la civilización humana, la fuerza obligatoria del Derecho radicaba en la invocación de la Ley divina¹⁵⁴ para que los miembros de la comunidad política la acataran sin resistencia al soberano.

En conclusión, para las fundamentaciones objetivas de los derechos fundamentales, estos provienen ya sea de Dios o de la naturaleza, esto quiere decir que no existe ninguna intervención humana en su creación.

¹⁵⁰ **Digesto de Justiniano**, *Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, Tomo I (en libro I, título I, 3), versión castellana de A. D'ors y otros, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968, p. 45.

¹⁵¹ **Cfr., Goldschmidt, Werner**, *Introducción Filosófica al Derecho*, Op. Cit. n(137), p. 38 y s.

¹⁵² **Cfr., Locke, John**, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, trad. de José Carner, Ed. Porrúa, 1997, p. 81.

¹⁵³ **Montesquieu**, *Del espíritu de las Leyes*, trad. de Nicolás Estévez, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 3.

¹⁵⁴ **Cfr., Kerchove, Michel Van de**, "El problema de los fundamentos éticos de la norma jurídica y la crisis del principio de legalidad", en **Ost, François y Michel van de Kerchove**, *Elementos Para una Teoría Crítica del Derecho*, trad. de Pedro Lamas, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000, p. 316.

1.3.2.2.2: Fundamentaciones subjetivas

Las fundamentaciones subjetivas, *implican un disenso*, por ejemplo, cada filósofo del Derecho o cada grupo social tendría su “propia fundamentación”. En ese sentido, los valores aportados «por los individuos y grupos convencidos de su significado moral»¹⁵⁵ serían los indicados para fundamentar los derechos. Sin embargo, con esa idea nunca tendríamos un consenso “unitario” para establecer los derechos fundamentales del hombre.

Por ejemplo, para Desimoni el factor seguridad y justicia es importante para que existan los llamados «derechos de la Dignidad humana»¹⁵⁶, que nosotros hemos denominado aquí derechos fundamentales.

Por otra parte, tendríamos que para Eusebio Fernández, los valores a tomar en cuenta para la existencia de los derechos fundamentales «son la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad»¹⁵⁷.

En cambio, el profesor Gregorio Peces-Barba, quien hace una construcción de un modelo teórico tomando en cuenta materiales de la realidad social, el pensamiento moral y jurídico, concluye en última instancia que el Derecho necesita a la moral y que la moral tiene un importante espacio en el Derecho¹⁵⁸, lo cual también constituye una fundamentación subjetiva.

En general, todas estas razones más o menos dispersas para la Dignidad humana, aspiran tal vez utópicamente a unos valores universales para establecer en definitivas los derechos fundamentales¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Gimbernat, José Antonio, “Fundamentación ética de los Derechos Humanos”, en Muguera, Javier y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 176.

¹⁵⁶ Desimoni, Luis María, *El Derecho a la Dignidad Humana*, Op. Cit. n(11), p. 4.

¹⁵⁷ Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Op. Cit. n(49), p. 120 y 121.

¹⁵⁸ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 7 y s.

¹⁵⁹ Cfr., Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. Cit. n(34), p. 177.

En conclusión, la fundamentación de cada autor o grupo social sería subjetiva, porque se hace a través de ciertas ideas que ellos consideran convenientes. Por lo tanto, nos encontraríamos ante un total **relativismo moral** que impediría cualquier consenso para fundamentar a los derechos.

1. 3. 2. 2. 3: Fundamentaciones intersubjetivas

Aquí los sujetos discuten a través de un “**diálogo**” y luego establecen un “**consenso**” para la creación de unos valores que se van a universalizar. Dicho consenso implica un esfuerzo de la mayoría; en cambio, se dice que con sólo el esfuerzo individual no sería posible llegar a establecer unos valores para toda la sociedad civil.

Nuestro autor de referencia obligada para este tema es, **John Rawls**, quien comienza su fundamentación a partir de una “**posición original**” donde se han de tomar ciertos principios convenidos, éstos necesariamente deben “ser justos”. Además, a las partes al menos les deben importar los hechos generales de la sociedad civil¹⁶⁰.

Para Rawls, la posición original no es una asamblea ni una reunión sino que, solamente debe ser interpretada de manera que en cualquier momento se pueda adoptar su perspectiva. El velo de la ignorancia es una condición necesaria para que esto suceda¹⁶¹. Importa precisar que, el denominado “**velo de la ignorancia**” su papel fundamental es evitar que los miembros de la sociedad civil puedan estar influenciadas por determinadas condiciones naturales o sociales, que lo coloquen en situación de ventaja o desventaja buscando su propio

¹⁶⁰ Cfr., Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, Ed. FCE, México, 1995, p. 135 y s.

¹⁶¹ Cfr., *Ibidem*, p. 137.

beneficio¹⁶². En otras palabras, los individuos que participan en la posición original no pueden estar **contaminados** por sus egoísmos ni por sus intereses totalmente personales, pues necesariamente tendría que iniciar su camino a partir de los intereses de toda la comunidad política.

Es importante destacar que en «este diálogo destacan tres elementos íntimamente relacionados: razón, historia y consenso»¹⁶³. La razón —comunicativa— para este diálogo es un instrumento de conocimiento.

En estas fundamentaciones, el hombre va a ser siempre situado en una comunidad. El llamado diálogo intersubjetivo es su quintaesencia, porque se tiene la necesidad de llegar a un consenso mayoritario, esto es lo que va a permitirnos consolidar una base moral común. En ese sentido, tendríamos valores, como: la libertad, la igualdad, la justicia, la tolerancia y el pluralismo democrático. Inevitablemente, para positivizar estos valores en un Ordenamiento jurídico, se tiene la gran necesidad del Estado democrático de Derecho. Porque solamente este último, nos va a proporcionar la seguridad jurídica, la creación del Derecho y la estabilidad social¹⁶⁴.

Esta comunicación intersubjetiva se centra en las «necesidades de los hombres y la plasmación de las mismas en el Ordenamiento jurídico fruto del poder que mayoritariamente se asemeja al diálogo, es decir, el poder democrático»¹⁶⁵. Pero claro, dicho poder democrático, tienen la obligación de tolerar y proteger a los grupos minoritarios que pertenecen a la comunidad política.

¹⁶² Cfr., **Suárez Romero, Miguel Ángel**, “Formalidad y sustantividad de la justificación de los derechos fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Tomo LIII, núm. 240, México, 2003, p. 154.

¹⁶³ **Asís Roig, Rafael de**, “Fundamentación de los derechos humanos”, en **Muguera, Javier y otros**, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 68.

¹⁶⁴ Cfr., **Ibíd.**, p. 70 y ss.

¹⁶⁵ **Ibíd.**, p. 79.

Sin embargo, la inconveniencia que representa el diálogo intersubjetivo, es si por ejemplo, habiendo personas aisladas o si los miembros de la sociedad civil simplemente no les interesara para nada el **formular unos valores básicos que se necesitan generalizar** mediante el consenso mayoritario, entonces, no tendríamos jamás —y nunca— una base para la “fundamentación de los derechos”.

1. 3. 2. 3: Atendiendo a los presupuestos metodológicos

En estos presupuestos, para algunos es importante fundamentar los derechos solamente a partir del sujeto individual —partiendo de la filosofía liberal— y para otros sería importante tomar en cuenta la comunidad, es decir, habrían tantos derechos como culturas hayan florecido en el mundo.

1. 3. 2. 3. 1: Fundamentaciones liberales

En las fundamentaciones liberales de los derechos, obligatoriamente se debe partir del camino a través del sujeto individual —siendo éste el verdadero cimiento de la filosofía liberal— y asegurar su autonomía frente al poder político.

Así, en la historia del pensamiento humano, la «doctrina liberal surge en la lucha contra el poder absoluto de los reyes»¹⁶⁶ Indudablemente, no sólo le interesa el individuo en la defensa de su vida personal sino que también representa en un «modelo de comunidad política, que se conoce con el nombre de Estado de Derecho»¹⁶⁷, es decir, la supremacía de la Ley es la que rige la vida tanto de los gobernantes como de los gobernados.

¹⁶⁶ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 89 y 90.

¹⁶⁷ **Prieto Sanchís, Luis**, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(127), p. 26.

En estas fundamentaciones, la idea central es **el sujeto individual y la defensa de su libertad** —es absolutamente necesaria—, en ese sentido, la idea de libertad es entendida como “no interferencia”, como creación de un espacio libre a través del Derecho para el desarrollo de la **autonomía** de la voluntad privada¹⁶⁸. Al respecto, para Carlos Nino un «liberal debe valorar aún más la libertad de adoptar, modificar y eventualmente abandonar un modo de vivir o plan de vida»¹⁶⁹, esto es, sin la interferencia de terceros ni del poder público.

Importa, sin embargo, tomar en cuenta las críticas dirigidas a las fundamentaciones liberales de los derechos, porque no necesariamente aportan valores de igualdad social. Por ejemplo, en la «comunidad internacional tiene vigencia un sistema económico injusto»¹⁷⁰ hoy en día. Pues ante estas situaciones económicas actuales, es «donde las respuestas del liberalismo clásico y las posturas neoliberales agotan su imaginación para encontrar un modelo de sociedad justo»¹⁷¹, donde la igualdad de oportunidades económicas y sociales resultan meramente utópica.

Sin embargo, parece haber una respuesta favorable dentro del mismo sistema liberal de los derechos, eso sí, sólo a través del llamado **liberalismo igualitario**, pero es menester la existencia de «una economía de mercado no absoluta, con el derecho de propiedad mínimo para el desarrollo individual»¹⁷². Para este liberalismo igualitario, defendido por el jurista español Eusebio Fernández, sostiene que: «*no creo que un liberal, verdaderamente empeñado en*

¹⁶⁸ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, “Sobre el fundamento de los Derechos Humanos”, en Muguera, Javier y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 275.

¹⁶⁹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos (Un ensayo de fundamentación)*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 195.

¹⁷⁰ Gimbernat, José Antonio, “Fundamentación ética de los Derechos Humanos”, en Muguera, Javier y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 173.

¹⁷¹ Fernández García, Eusebio, *La Obediencia al Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 234.

¹⁷² *Ibídem*, p. 237.

la realización de una sociedad libre y justa, estime improcedente este mínimo compromiso con la igualdad social y económica»¹⁷³. Para lograr estas intenciones, también requerimos del Estado democrático, comprometido con la sociedad para que exista realmente el «reconocimiento y garantía efectiva de los comúnmente denominados derechos económicos, sociales y culturales»¹⁷⁴.

1. 3. 2. 3. 2: Fundamentaciones multiculturales

Lo importante en estas fundamentaciones es tomar en cuenta la *comunidad o al grupo* que pertenece al individuo, ya no tanto en su individualidad sino a la colectividad.

Ciertamente, hoy en día la «mayoría de los países son culturalmente diversos»¹⁷⁵, también era así al principio de la civilización humana, pues «cuando los hombres vivieron en ciudades por primera vez, cada ciudad tenía su propia cultura»¹⁷⁶ —aunque con su radical diferencia tecnológica—, y también se dice que «una cultura común ha sido siempre una causa de cohesión social casi tan grande como un gobierno común»¹⁷⁷. En este último caso, quizás por eso algunos gobernantes luchan por destacar una sola unidad cultural en su Estado, siendo en realidad un esfuerzo innecesario si existen varios grupos étnicos al interior de su territorio —tanto los grupos étnicos originarios como los llegados posteriormente con el motivo de la inmigración—. Probablemente el mejor camino que indiquen las democracias actuales sea el reconocimiento de la

¹⁷³ **Ídem.**

¹⁷⁴ **Ibidem**, p. 247.

¹⁷⁵ **Kymlicka, Will**, *Ciudadanía Multicultural (Una teoría liberal de los derechos de las minorías)*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, 1996, p. 13.

¹⁷⁶ **Russell, Bertrand**, *Sociedad Humana (Ética y Política)*, trad. de Beatriz Urquidi, Ed. Altaya, Barcelona, 1999, p. 211.

¹⁷⁷ **Ídem.**

identidad cultural de cada uno de los grupos étnicos, pero tal vez los grupos radicales o fundamentalistas queden fuera de este reconocimiento.

Al respecto, para Javier de Lucas, la «clave es la dimensión comunitaria, la misma que constituye el núcleo del derecho a la propia identidad cultural»¹⁷⁸, en donde grupos o comunidades de individuos reclaman el reconocimientos de sus propias identidades y el reconocimiento de sus derechos colectivos desde la norma Fundamental o Constitución.

Por su parte, para Kimlicka se trata de tomar en cuenta a partir de unos “**derechos diferenciados**” en función del grupo o de la comunidad que pueden ayudar a corregir ciertas desventajas frente a las decisiones de las culturas mayoritarias¹⁷⁹. Por ejemplo, eliminar las desventajas sociales, educativas y económicas de las comunidades o grupos étnicos marginados.

Sin embargo, ante las pretensiones multiculturales parece que resulta más conveniente las fundamentales liberales de los derechos, pues la democracia liberal —precisamente— tiene la obligación de proteger a los grupos minoritarios, de otro modo simplemente nos llevarán a un ámbito de desacuerdo en el que no haya esperanza alguna de solucionar las diferencias culturales de minorías y mayorías¹⁸⁰. Pues al final de cuentas, es mucho mejor que los individuos tenga la libre elección de su vida, por ejemplo el ofrecimiento a los niños de comunidades minoritarias a una educación liberal que les permita entrar en contacto con otros modos de vida para que sean libres de elegir¹⁸¹.

Evidentemente, los grupos o comunidades minoritarias tienen el derecho de conservar sus identidades, a saber: costumbres, lenguas, territorios, organizaciones

¹⁷⁸ **Javier de Lucas**, *Globalización e identidades*, Ed. Icaria, Barcelona, 2003, p. 73.

¹⁷⁹ **Cfr., Kymlicka, Will**, *Ciudadanía Multicultural*, Op. Cit. n(175), p. 153.

¹⁸⁰ **Cfr., Ignatieff, Michael**, *Los Derechos Humanos como política e idolatría*, trad. de Francisco Beltrán Adell, Ed. Paidós, Barcelona, 2003, p. 120.

¹⁸¹ **Cfr., Nino, Carlos Santiago**, *Ética y Derechos Humanos*, Op. Cit. n(169), p. 192 y s.

políticas, etc. Mismas que resulta totalmente compatible con el Estado de Derecho —siempre que los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de las comunidades o grupos étnicos sean garantizados, pues una comunidad que viola por ejemplo los derechos de igualdad quedaría fuera de este reconocimiento—. Desde luego, importa la intervención del Estado democrático de Derecho para eliminar las desventajas que enfrentan las comunidades minoritarias frente a los grupos mayoritarios.

1. 4: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existen diferentes corrientes del pensamiento jurídico para explicar la procedencia de los actuales derechos fundamentales, el iusnaturalismo se desarrolló primero, luego vendría el iuspositivismo y más tarde las otras corrientes jurídicas.

1. 4. 1: Las concepciones jusnaturalistas de los derechos

Las concepciones iusnaturalistas de los derechos tiene su origen en el llamado **Derecho natural**, por eso los partidarios de ésta corriente consideran que esta clase de derecho es superior a cualquier ordenamiento escrito creado por el hombre y que tienen su fuente ya sea en la **naturaleza o en Dios** —algunas de las posturas doctrinales que aquí trataremos ya lo habíamos analizados brevemente en el tema 1.3.2.2.1 (fundamentaciones objetivas) del presente trabajo, donde se supone que el derecho ya está dado y que para nada interviene el Legislador humano. También en los temas 1.1.1 (derechos naturales) y 1.1.5 (derechos humanos) ya habíamos usados algunos de los términos fundamentales que en este apartado se

vuelven a mencionar, tales como “Derecho natural”, “Ley Divina”, “Estado de naturaleza”, “Ley de la naturaleza” y “exigencias o pretensiones morales” —.

En la fase antigua del Derecho natural se considera la «participación de la comunidad humana en el orden racional del Universo. Según los estoicos (a quienes se debe la primera formulación de la doctrina), la participación de los seres vivientes en el orden universal se efectúa por medio del **instinto** en los animales y por medio de la **razón** en los hombres»¹⁸².

Así pues, desde la antigüedad se hablaba acerca de estos derechos, por ejemplo **Sófocles**, en la obra de **Antígona**, distingue claramente entre unos derechos superiores frente a la Ley del soberano, en este caso, Creonte rey de Tebas, prohíbe enterrar el cadáver de Polinices, pero Antígona decide desobedecer la orden del rey. Antígona traída frente al soberano responde de esta manera: **«(...) Y no he creído que tus edictos pudiesen prevalecer sobre las leyes no escritas e inmutables de los Dioses, puesto que tú no eres más que mortal. No es de hoy, ni de ayer, que ellas son inmutables; sino que son eternamente poderosas, y nadie sabe cuánto tiempo hace que nacieron»**¹⁸³.

También es importante destacar las ideas del autor Orígenes (185 ó 186-254 ó 255 D. C.) sobre la supremacía de la Ley Natural, al opinar que: **«... cuando la ley de la naturaleza, es decir, la ley de Dios, ordena cosas contrarias a la ley escrita, la razón te aconseja abandonar de buen grado las leyes escritas...»**¹⁸⁴.

Muchos otros filósofos opinaron así para enfrentar las arbitrariedades del soberano, pero como en aquella época no había ninguna protección para los

¹⁸² **Abbagnano, Nicola**, *Diccionario de Filosofía*, Op. Cit. n(2), p. 293.

¹⁸³ **Sófocles**, *Antígona*, trad. de la Editorial LIBSA, Ed. Edimat Libros, Madrid, 2001, p. 222.

¹⁸⁴ **Muñoz Alonso, Gema y otros**, *Filosofía Antigua (Historia del Pensamiento)*, Ed. Sarpe, Madrid, 1988, p. 357.

individuos, «sus esfuerzos especulativos no pudieron transformar la realidad política viviente»¹⁸⁵.

Pues solamente hasta la llegada de la Modernidad, es cuando se forma sistemáticamente la corriente racionalista del Derecho natural, corriente que defiende la existencia de un orden normativo superior al Derecho positivo; es decir, condicionan el propio carácter jurídico de las pretendidas normas del Derecho positivo¹⁸⁶. El iusnaturalismo racionalista hace suyo los rasgos de los derechos individuales más esenciales, a saber: libertad de conciencia o de pensamiento, y de las garantías procesales¹⁸⁷. También bajo la dirección del Derecho natural representó la «idea predominante en la revolución liberal, cuando es el ariete poderoso que ayuda a la burguesía a derribar a la vieja e inservible Monarquía absoluta»¹⁸⁸.

En las concepciones iusnaturalistas de los derechos se puede concluir que el **«fundamento de los derechos humanos es un orden superior, objetivo, universal al que puede apelarse en todo tiempo y lugar»**¹⁸⁹. Aunque según algunos juristas, opinan que en el «Derecho Natural no podemos encontrar nada más que direcciones generales, tendencias, orientaciones, pero nunca reglas estrictamente definidas»¹⁹⁰. Pues mientras esas exigencias morales no se hayan incorporado al Derecho positivo, no serían nada.

Sin embargo, el iusnaturalismo vigente hoy en día, «considera que la realidad metafísica de la que proceden los derechos humanos es un orden jurídico abierto»¹⁹¹, pues para esta doctrina, la positivación de los derechos es al «final de un proceso lógico. La positivación nada añade a la esencia del derecho, puesto que éste existe

¹⁸⁵ Sánchez de la Torre, A., *Los Griegos y el Derecho Natural*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, p. 60.

¹⁸⁶ Cfr., Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, Op. Cit. n(23), p. 13.

¹⁸⁷ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 44.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸⁹ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 58.

¹⁹⁰ Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 46.

¹⁹¹ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 59.

antes de este proceso»¹⁹². El elemento **Justicia** es una pareja eterna del iusnaturalismo jurídico, valor que se busca para la formulación de todos los derechos.

1. 4. 2: Las concepciones juspositivistas de los derechos

La aplicación de la metodología positivista a los estudios jurídicos tiene su gran desarrollo en el siglo XIX¹⁹³. La «ciencia del Derecho, en esta época, se elabora mediante una primera abstracción del conjunto de normas vigente en cada rama del Derecho»¹⁹⁴. En consecuencia, el postulado principal del «**positivismo jurídico clásico es el principio de legalidad formal**»¹⁹⁵. Por lo tanto, el “positivismo jurídico” excluye toda expresión de las diversas formas de iusnaturalismo, y las demás esencias metafísicas o esencias ocultas y supraempíricas¹⁹⁶. Porque para el iuspositivismo, no se puede hallar el Derecho «en ningún sector de la naturaleza, ni física, ni química, ni orgánica»¹⁹⁷.

En esta corriente, el elemento principal es la **norma**, así como en el iusnaturalismo su elemento principal es la justicia, por ende, el «positivismo jurídico concibe el mundo jurídico como un conjunto de normas con eficacia»¹⁹⁸. Esto significa, que ante cualquier ordenanza que emita el Estado es una norma perfectamente válida, aunque fuera injusta, pues lo «positivo está afirmado, vale inmediatamente»¹⁹⁹.

¹⁹² **Ibíd.**, p. 63.

¹⁹³ **Cfr., Ibíd.**, p. 43.

¹⁹⁴ **Ídem.**

¹⁹⁵ **Ferrajoli, Luigi**, *Derechos y Garantías*, Op. Cit. n(40), p. 66.

¹⁹⁶ **Cfr., Carrió, Genaro R.**, *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 40.

¹⁹⁷ **Recasens Siches, Luis**, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Op. Cit. n(146), p. 53.

¹⁹⁸ **Goldschmidt, Werner**, *Introducción Filosófica al Derecho*, Op. Cit. n(137), p. 103.

¹⁹⁹ **Hegel, Georg**, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. de Carlos Díaz, Ed. Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1993. p. 77.

Para esta corriente la justicia «no es un que hacer científico sino político, afirman haberlo tenido en cuenta al fabricar la norma»²⁰⁰, es decir, una norma justa o injusta tiene exactamente la misma validez. Pues las teorías positivistas del Derecho sostienen que en las normas jurídicas no puede ser incluido «ningún elemento de la moral»²⁰¹.

En las concepciones iuspositivistas de los derechos, la **eficacia de las normas** es sumamente necesaria. Al respecto, Liborio Hierro afirma que la «aplicación de las normas jurídicas parece tener, por tanto, un carácter definitivo para evaluar su eficacia o ineficacia»²⁰². Este autor toma en cuenta ciertas características ya muy extendidas del Derecho y podrían expresarse así:

- «(1) Una norma jurídica es eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, o
- (2) una norma jurídica es eficaz si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada»²⁰³.

En conclusión, para la corriente iuspositivista cualquier norma que haya surgido en los órganos autorizados del Estado para esos fines, siempre será perfectamente válida para ser aplicada en la sociedad civil. Esto es, el Estado es un eterno ente creador de normas jurídicas. Sin embargo, la defensa de **Norbert Hoerster** a favor del iuspositivismo moderno sostiene la idea de que *el derecho injusto* —vigente— **no necesariamente merece ser obedecido** por sus destinatarios²⁰⁴.

²⁰⁰ **Goldschmidt, Werner**, *Introducción Filosófica al Derecho*, Op. Cit. n(137), p. 102.

²⁰¹ **Alexy, Robert**, *El Concepto y la Validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 13.

²⁰² **Hierro, Liborio**, *La Eficacia de las Normas Jurídicas*, Ed. Ariel, Barcelona, 2003, p. 141.

²⁰³ **Ídem**.

²⁰⁴ **Cfr., Hoerster, Norbert**, *En Defensa del Positivismo Jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 19.

1. 4. 3: La concepción realista de los derechos

El padre intelectual de las corrientes realistas modernas se llama **Oliver Wendell Holmes** (1841-1935), quien fue primero juez y precisamente en el ejercicio de sus funciones tuvo la oportunidad de analizar y descalificar el tradicionalismo jurídico de las cortes. En consecuencia, pudo introducir una interpretación evolutiva del derecho, es decir, más sensible a las transformaciones de la conciencia social²⁰⁵. Pues los cambios en la vida social enfrentan siempre unos procedimientos que a veces trasforma a su estructura.

Para los juristas realistas el **formulismo del Derecho** representa sólo una ciencia jurídica logicista y axiomática que nada tiene que ver con la **vida real del Derecho**²⁰⁶. En cambio, la decisión de los tribunales constituyen siempre un factor importante en la práctica realista del Derecho.

Para la filosofía realista el Derecho, esencialmente, es un «*obrar humano social rectificado por la justicia y las leyes, facultades, decisiones o saberes que con él se vinculan*»²⁰⁷. En ese sentido, la esencia real del Derecho se da sólo a través de los hechos sociales.

Ahora bien, por lo que respecta la Ley, Carlos Massini opina que «una Ley merece el nombre de tal en la medida en que contribuye a la realización del orden social que haga posible el buen vivir humano»²⁰⁸, cuyo fin último es el bien común y la paz social. Mientras un auténtico Juez tiene la obligación de «realizar prudentemente lo justo con el instrumento de la Ley; de lo contrario, no merecerá llevar el nombre de “juez”»²⁰⁹.

²⁰⁵ Cfr., **Bobbio, Norberto**, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 36.

²⁰⁶ Cfr., **Laporta, Francisco**, *Entre el Derecho y la Moral*, Ed. Fontamara, México, 2000, p. 21.

²⁰⁷ **Massini, Carlos Ignacio**, *Sobre el Realismo Jurídico*, Op. Cit. n(190), p. 21.

²⁰⁸ **Ibídem**, p. 22.

²⁰⁹ **Ibídem**, p. 137.

En cuanto al **realismo escandinavo**, cuyos fundadores de la llamada “escuela de Uppsala, son **Axel Hägerström** (1868-1939) quien criticaba duramente contra la metafísica existente en el Derecho; y **Vilhelm Lundstedt** (1881-1955) hacia 1936 declaró que el saber jurídico convencional de los juristas académicos no era científico²¹⁰. Para los realistas escandinavos considera al derecho como un simple «conjunto de normas emanadas de los órganos del Estado (el legislador, los jueces, etc.)»²¹¹, pues carece de relevancia cualquier otro factor social en la creación de las normas jurídicas.

Claro, también hubo una **versión inglesa del realismo jurídico**, cuyos exponentes principales fueron **Karl Olivecrona** (1897-1980) y **Alf Ross**, en ellos había una desconfianza de la idea de identidad moral en el Derecho²¹². Aunque las ideas morales —para Olivecrona— «ocupan sin duda un lugar destacado en las normas jurídicas»²¹³. Otra inconveniencia en el contenido del Derecho para este autor, es que constituye los deseos o intereses de tan diversa índole²¹⁴, por lo que no necesariamente los mejores valores éticos y altruistas estarían contempladas en las normas jurídicas. Para Olivecrona, el Estado como organización constituye tan sólo «una maquinaria psicológicamente efectiva para elaborar leyes (mediante el proceso legislativo)»²¹⁵. Siendo finalmente un proceso legal para que el Estado controle a sus gobernados mediante las normas jurídicas que él mismo ha creado.

²¹⁰ Cfr., Laporta, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, Op. Cit. n(206), p. 22 y s.

²¹¹ *Ibíd.*, p. 23.

²¹² Cfr., *Ibíd.*, p. 23 y s.

²¹³ Olivecrona, Karl, *El Derecho como Hecho*, trad. de J. Santa Pinter, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1936, p.126.

²¹⁴ Cfr., *Ibíd.*, p. 131.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 27.

En conclusión, las concepciones realistas de los derechos toman en cuenta la realidad social, la cual dependerá siempre de las condiciones sociales, económicas y culturales de cada momento histórico. Entonces, la doctrina realista sitúa el contenido y la defensa de cada derecho según las exigencias de cada momento histórico²¹⁶.

1. 4. 4: Una concepción dualista de los derechos

Aquí en una concepción dualista de los derechos fundamentales: los derechos constituyen una categoría jurídica del Derecho positivo y sólo adquieren eficacia allí donde éste **los reconocen**; pero a la vez no son un invento propiamente del Derecho positivo²¹⁷.

El autor más destacado de la «teoría dualista sobre los derechos ha sido Gregorio Peces-Barba»²¹⁸. Distinguido iusfilosófico y uno de los padres del constitucionalismo español, opina que la «*positivación de los derechos fundamentales es el último eslabón de un proceso que se inicia muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad*»²¹⁹ que aspira incorporarse a la norma positiva del Estado. En última instancia, la sociedad civil requiere del Estado —democrático moderno— para la validez y plena garantía de los derechos fundamentales.

Este modelo, se «caracteriza por concebir a los derechos como instrumentos éticos y jurídicos»²²⁰. En donde la **ética pública** es un elemento imprescindible para la existencia de los derechos fundamentales, se trata de la «moralidad con vocación de incorporarse al Derecho positivo, orientando sus fines y sus objetivos

²¹⁶ Cfr., Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 64.

²¹⁷ Cfr., Prieto Sanchís, Luis, *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(127), p. 17 y s.

²¹⁸ Asís Roig, Rafael, *Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos (Una aproximación dualista)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 11.

²¹⁹ Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 325.

²²⁰ Asís Roig, Rafael, *Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos*, Op. Cit. n(218), p. 15.

como Derecho justo»²²¹. La ética a que se refiere Gregorio Peces-Barba, es la «ética procedimental que **no** señala criterios, ni establece conductas obligatorias, para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni fija cual debe ser nuestro plan de vida último»²²². Pues en realidad solamente nos señalan unos criterios para organizar la vida en sociedad civil. En ese sentido, la ética pública representa un «desarrollo integral de cada persona»²²³. En esta clase de ética, la libertad es un valor central para tener la opción de elegir —o libertad psicológica para la elección de nuestros planes de vida—²²⁴.

En cambio, la **ética privada** es aquella que «señala criterios para la salvación, la virtud, el bien o la felicidad, es decir, orienta nuestros planes de vida»²²⁵. La ética privada puede tener diversas fuentes: el de uno mismo, la de una Iglesia o de cualquier otra concepción filosófica²²⁶. Pero para asumir una de ella, importa la intervención de la **autonomía personal**.

En conclusión, el dualismo jurídico es **un punto intermedio** entre los extremos iusnaturalistas y iuspositivistas, se trata de evitar ideas metafísicas extremas o la voluntad dictatorial del Estado ante cualquier formulación jurídica. En ese sentido, Gregorio Peces-Barba, hace un esfuerzo por «demostrar que el Derecho necesita a la **moral** y que la moral tiene un importante espacio en el Derecho»²²⁷.

²²¹ Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 10.

²²² *Ibidem*, p. 11.

²²³ *Ídem*.

²²⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 62.

²²⁵ *Ibidem*, p. 11.

²²⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 12.

²²⁷ *Ibidem*, p. 7.

CAPÍTULO II

ESTADO DE DERECHO Y LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1: ESTADO DE DERECHO

En la actualidad, no se puede concebir un Estado moderno y democrático sin la supremacía del Derecho, esto es, aquel dónde se esté controlando el poder público frente a los ciudadanos. A mediados del siglo pasado —el jurista alemán— Edgar Bodenheimer, expresaba lo siguiente: *«lo que determina la relación entre Estado y Derecho en una comunidad política dada es el grado en que está limitado el poder gubernamental»*²²⁸. En cambio, en tratándose de un Estado ilimitado en su poder, en ese caso, el poder soberano está por encima del Derecho y no está ligado por ningún orden jurídico²²⁹.

De allí se puede pensar que si un Estado no está limitado por el Derecho, sería una fuerza incontrolable e ilimitada, en donde no sería posible pensar la existencia de unos derechos fundamentales del hombre. Por lo tanto, para que exista el llamado Estado de Derecho: es menester la regulación del poder público, esto es, **subordinado al Derecho**. Es cierto que el Estado no reconoce una fuerza superior a él y detenta el monopolio de la fuerza pública, esto es así, debido a sus funciones primordiales: obviamente, proviene de una **Ley Fundamental** o **Constitución**, pues pretende conservar el orden público y la paz social, de otra manera no existiría el Estado como tal.

²²⁸Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, Op. Cit. n(15), p. 79.

²²⁹ Cfr., *Ibíd.*, p. 78 y s.

El Estado de Derecho representa **seguridad jurídica** para los ciudadanos, es una confianza mutua entre gobernantes y gobernados. En ese sentido, para el **Tribunal Constitucional Alemán**, la seguridad jurídica implica «que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra»²³⁰. Por lo tanto, nadie debería de ser privado de uno o varios de sus derechos fundamentales en forma arbitraria. Por ejemplo, el derecho de ser oído y vencido en juicio en caso de controversia judicial. Más adelante definiremos el término Estado de Derecho —en el tema 2. 1. 3 del presente trabajo—.

2. 1. 1: Origen y evolución del vocablo

Antes de indagar sobre el origen y evolución del concepto “**Estado de Derecho**”, resulta más conveniente aclarar primero el origen del término Estado.

Indudablemente, en la actualidad, la palabra “**Estado**” es de todos conocida y a la vez de un origen no muy bien determinado; igualmente, resulta preciso aclarar que el fenómeno Estado y el fenómeno jurídico no necesariamente surgieron al mismo tiempo. Porque —como dice Carré de Malberg— la «formación originaria de los Estados no puede ser reducida a un acto jurídico propiamente dicho. El derecho, en cuanto institución humana, es posterior al Estado»²³¹. Esto si tenemos presente que, muchas de las primeras organizaciones humanas en la Tierra, constituyeron los primeros **Estados primitivos**. Obtenemos más claridad sobre el asunto, si partimos de la idea de que «una sociedad cualquiera no podría subsistir sin un poder social destinado

²³⁰ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 403. —Se trata de la Sentencia 26, 41, Segunda Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 26 de Febrero de 1969.

²³¹ **Carré de Malberg, R.**, *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depetre, Ed. FCE, México, 1998, p. 73.

a asegurar su funcionamiento»²³². Aristóteles no podía estar equivocado al afirmar que «el hombre es por naturaleza un animal social»²³³. Pues a medida que aumentaban los miembros de una comunidad, podían resolver sus problemas esenciales con más rapidez, gracias a las primeras organizaciones humanas, hasta constituirse en las primeras ciudades de la Tierra —los ejemplos son las ciudades de **Çatal Hüyük y Hacilar**—, mientras más grandes eran, gozaban de mayor importancia política y económica —serían ciudades como **Troya, Babilonia, Hattusa, Esparta, Tebas, Atenas, Roma**, etc.—. Muchas de ellas, llegaron a ser unos auténticos Estados, mismas que tenían «términos muy diversos: *polis, res publica, civitas, regnum*»²³⁴. Por ejemplo, los griegos nunca poseyeron realmente un vocablo para nombrar a los territorios de la Hélade respecto a sus moradores²³⁵.

Más tarde, los romanos usaron la expresión **civitas** para referir a la Ciudad-Estado, luego adoptaron el término **res pública** para expresar en ella la cosa común o bienes pertenecientes a todos los ciudadanos²³⁶. Tiempo después, quedarían relegados los asuntos de la *res pública* ante el triunfo del cristianismo sobre las denominadas religiones paganas, por ser considerada “cuestiones terrenales”.

Al respecto, San Agustín entre los años 413 a 426 D. C. escribió su obra más extensa, titulada la “**La Ciudad de Dios**” (*De civitate Dei*)²³⁷. En ella abordaba acerca de la Ciudad terrenal y la Ciudad de Dios: en la primera solamente se vive según el deseo de la carne, esta es la ciudad de los impíos; la segunda —en cambio—,

²³² **Ibidem**, p. 80.

²³³ **Aristóteles**, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Ed. Gredos, Madrid, 2000, p. 8.

²³⁴ **Passerin D'Entrèves, Alessandro**, *La Noción de Estado (Una introducción a la Teoría Política)*, trad. de E. Fernández-Galiano, Ed. Ariel, Barcelona, 2001, p. 53.

²³⁵ **Cfr., Smith, Juan Carlos**, “Estado”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 816.

²³⁶ **Cfr., Ídem**.

²³⁷ **Cfr., Muñoz Alonso, Gema y otros**, *Filosofía Antigua*, Op. Cit. n(184), p. 376.

es celestial y conformada únicamente por la comunidad de los justos. Sin embargo, las dos ciudades no se distinguen entre sí, tampoco surgieron en algún determinado momento de la historia, sólo mediante la pregunta formulada interiormente, uno sabrá a cuál Ciudad pertenece²³⁸. En ese sentido, la «idea del Estado como una comunidad total»²³⁹, sería totalmente impensable, el Estado —terrenal— no tendría ninguna autoridad sobre la vida religiosa de la comunidad.

Pero, a pesar de la vida esencialmente espiritual exaltada por San Agustín, no representó inconveniente para que el Papa interviniera en los asuntos terrenales del Estado. Por ejemplo, Juan XXII, en 1314 pretendió nombrar y deponer al Emperador romano²⁴⁰.

Sería, sin embargo, hasta el final de la Edad Media, cuando el término Estado en su sentido moderno se usará por primera vez en el contexto italiano, donde aparece la primera organización política moderna: el Estado-Ciudad²⁴¹. Se sabe que «el uso de la palabra Estado se debe a Maquiavelo»²⁴², o al menos, tiene el «mérito de haber fijado definitivamente la denominación moderna de Estado»²⁴³, quien escribió en 1531 la obra titulada *El Príncipe*, en ella, se alude varias veces el término Estado²⁴⁴ —obra dónde Nicolás Maquiavelo recomienda a los príncipes la manera de conservarlo o de engrandecerlo, la manera de adquirirlo o de perderlo, la manera de mantenerlo si fue heredado o ganado por las armas propias, la manera de tener las mejores tropas y hasta la mejor manera de gobernarlo, etc.—.

²³⁸ Cfr., *Ibíd.*, p. 386 y s.

²³⁹ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, Ed. FCE, México, 1987, p. 30.

²⁴⁰ Cfr., *Ibíd.*, 31.

²⁴¹ Cfr., Peces-Barba, Gregorio, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(63), p. 32.

²⁴² Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, Op. Cit. n(2), p. 448.

²⁴³ Passerin D'Entrèves, Alessandro, *La Noción de Estado*, Op. Cit. n(234), p. 55.

²⁴⁴ Cfr., Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, trad. de Ángeles Cardona, Ed. Unidad Editorial y Bibliotex, México, 1999, p. 13 y ss.

Maquiavelo —conocido en su tiempo como el “*secretario florentino*”—, analiza una forma del Estado que, en realidad es un Estado en transición —de lo antiguo a lo moderno—, por ejemplo en el capítulo XX del Príncipe, cuestiona si las fortalezas son útiles o no para la conservación del Estado, en todo caso, el autor florentino aconseja al titular del Estado o el príncipe que «la mejor fortaleza es no ser odiado por el pueblo»²⁴⁵, pues si el gobernante atiende al interés común de sus súbditos no tendría necesidad de fortaleza.

La principal característica tras la aparición del Estado moderno, es la «*disolución de la unidad del Imperio medieval en una multiplicidad de Estados independientes, nacionales y territoriales*»²⁴⁶. Obviamente, esa nueva forma de Estado tiene la gran necesidad de convertirse en un poder jurídico²⁴⁷, por eso Alessandro Passerin opina que el «Estado moderno es un ordenamiento jurídico»²⁴⁸.

Así al transcurrir el siglo XVI, en Occidente significó la formación del Estado Absolutista²⁴⁹. Definitivamente, el antiguo sistema político medieval coincide en la época de Luis XIV (en Francia) y justamente con este mismo monarca se inaugura el régimen político absolutista²⁵⁰.

Conforme la evolución que experimentaba el Estado moderno, se concebía ya no como «una creación de Dios ni un orden divino, sino una comunidad (res publica) al servicio del interés común de todos los individuos»²⁵¹. Actualmente, el Estado se define como la «organización jurídica de una sociedad bajo un poder de

²⁴⁵ **Ibíd.**, p. 103.

²⁴⁶ **Heller, Hermann**, *Teoría del Estado*, Op. Cit. n(239), p. 31.

²⁴⁷ **Cfr., Ibíd.**, p. 235.

²⁴⁸ **Passerin D'Entrèves, Alessandro**, *La Noción de Estado*, Op. Cit. n(234), p. 123.

²⁴⁹ **Cfr., Anderson, Perry**, *El Estado Absolutista*, trad. de Santos Juliá, Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1992, p. 9.

²⁵⁰ **Cfr., Ibíd.**, p. 82.

²⁵¹ **Böckenförde, Ernst Wolfgang**, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 19.

dominación que se ejerce en determinado territorio»²⁵², generalmente, el poder en cuestión, son los ciudadanos quienes eligen democráticamente a sus gobernantes.

Después de esta breve explicación sobre el término “Estado”, ahora resulta necesario estudiar el origen y la transformación del término “Estado de Derecho”. Al igual que el término anterior, el término **Estado de Derecho** fue evolucionando doctrinalmente a través del tiempo, a «Sieyès se le debe la verdadera y definitiva consagración doctrinaria del Estado de Derecho»²⁵³. Este autor de la Francia revolucionaria, propone que «toda sociedad debe estar regulada por leyes comunes y sometida a un orden común»²⁵⁴. Ello significa que, ningún ciudadano debe de estar exento de la aplicación de la Ley, para eliminar todo privilegio especial de la clase dominante²⁵⁵. De tal modo que, todos los ciudadanos estarían en el mismo plano jurídico, ninguno sobre el otro.

Hemos dicho antes, que el fenómeno Estado y el elemento jurídico, no necesariamente surgieron al mismo tiempo. Importa, sin embargo, aclarar que el Estado de Derecho, «sólo puede surgir en comunidades organizadas bajo la forma de un Estado»²⁵⁶. No habría la posibilidad del Estado de Derecho por ejemplo en las comunidades que no cuentan con ninguna relación jurídica entre ellas, aunque habite en el mismo territorio y tenga los mismos elementos culturales.

Como ya es sabido, la Revolución francesa aportó mucho para la humanidad, significó definitivamente el fin del antiguo régimen absolutista. Pues sólo a partir de éste acontecimiento histórico, el «Estado de Derecho se

²⁵² **García Máynez, Eduardo**, *Introducción al Estudio de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 98.

²⁵³ **Sánchez Viamonte, Carlos**, “Estado de Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Op. Cit. n(235), p. 910.

²⁵⁴ **Sieyès, Emmanuel J.**, *¿Qué es el Tercer Estado?*, trad. de José Rico Godoy, Ed. UNAM, 1973, P. 82.

²⁵⁵ **Cfr., Ibídem**, p. 95.

²⁵⁶ **Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal**, *La Ley como Límite de los Derechos Fundamentales*, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 99.

institucionaliza de modo coherente por primera vez y con un cierto carácter general tras la Revolución francesa en los Estados liberales del siglo XIX»²⁵⁷.

En el artículo 6º de la Declaración francesa, se estableció definitivamente en el derecho positivo el Estado de Derecho, el precepto en cuestión es el siguiente:

«ARTÍCULO 6.- La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos al ser iguales ante sus ojos son por igual admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos»²⁵⁸.

Lo anterior, independientemente de que la elaboración doctrinal del Estado de Derecho como tal, vendría después, pues «hay que situar esa reconstrucción teórica en el siglo XIX y asignarla a la doctrina alemana. El responsable del término (**Rechtsstaat**) es Von Mohl (mediados del siglo XIX)»²⁵⁹.

Con el concepto Estado de Derecho se pretendió acabar con la “personalización” o el subjetivismo en el ejercicio del poder, por lo tanto, a partir de la existencia efectiva del Estado de Derecho, la actuación política de quienes detentan el poder tiene que adecuarse a los intereses de la generalidad, no a los intereses particulares de unos pocos²⁶⁰. Como bien lo visualiza Hayek: «la fuerza del Estado debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares»²⁶¹.

²⁵⁷ **Díaz, Elías**, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1981, p. 23.

²⁵⁸ “**Declaración** de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de Agosto de 1789”, en **Gómez Orfanel, Germán**, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Op. Cit. n(80), p. 290.

²⁵⁹ **Cavero Lataillade, Iñigo y Tomás Zamora Rodríguez**, *Introducción al Derecho Constitucional*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 141.

²⁶⁰ **Cfr., Ibídem**, p. 139.

²⁶¹ **Hayek, F. A.**, *Los Fundamentos de la Libertad*, trad. de J. Vicente Torrente, Ed. Unión, Madrid, 1991, p. 284.

2. 1. 2: Algunos modelos de Estado de Derecho

En este apartado abordaremos algunos modelos de Estado de Derecho, siguiendo en esencia la propuesta de Rafael de Asís, quien maneja prácticamente todos con la separación de poderes y como referencia indispensable: el Derecho y la moral.

a) **Modelo restringido de Estado de Derecho:** Este primer modelo, contiene dos características: «La **externa**, a través de la cual se presenta al Poder como fundamento de validez del Derecho; y la **interna**, por medio de la cual se presenta al Derecho como límite del Poder»²⁶².

Para este modelo, el poder y el derecho son fenómenos totalmente inescindibles. El Derecho se construye con la ayuda del poder público, la conexión es: el primero adquiere su eficacia con el segundo y éste es limitado por las normas jurídicas. Aquí, el principio de legalidad es imprescindible, el poder está limitado por el Derecho y la prohibición de cometer cualquier arbitrariedad en contra de los ciudadanos. La separación de poderes y la legalidad está siempre limitado por el Derecho. El modelo asume que todo derecho es expresión de una moral, pero solamente la moral de la legalidad, es decir, aquella moral que es adoptada por el ordenamiento positivo del Estado²⁶³.

b) **Modelo estricto de Estado de Derecho:** En este modelo, existe una justificación hacia la defensa del individuo, Rafael de Asís, lo identifica como el «Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual»²⁶⁴.

²⁶² **Asís, Rafael de**, *Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 45.

²⁶³ **Cfr., Ibídem**, p. 45 y ss.

²⁶⁴ **Ibídem**, p. 54.

Para este modelo, el Estado solamente está obligado a velar por la seguridad de los ciudadanos, en cambio, el bienestar social no representa ningún interés fundamental del Estado. En el “estricto Estado de Derecho”, tampoco son indispensables los elementos: democracia, justicia e igualdad. Ahora, la existencia de los derechos fundamentales quedan reducidas a simples garantías, pues según este modelo, observar el Estado de Derecho “no siempre implica” la “no violación de la Dignidad humana”. Pero, Rafael de Asís, duda de su forma real, pues no se tiene la certidumbre de que sea definitivamente un Estado de Derecho o se trata de un modelo de Estado y Derecho²⁶⁵.

El modelo en cuestión, cabe perfectamente en el Estado ideado por Wilhelm von Humboldt, en «que el mantenimiento de la seguridad, tanto frente al enemigo exterior como frente a las disensiones interiores, debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad»²⁶⁶. En ese sentido, lo esencial es la **seguridad de los ciudadanos**, al quedar garantizada la seguridad implicaría la «certeza de la libertad concedida por la Ley»²⁶⁷. En última instancia, es la **propiedad** el elemento de especial protección.

c) **Modelos amplios de Estado de Derecho:** En este caso, en realidad tenemos diversas formas, evidentemente «todas parten del establecimiento de una conexión cierta con la Moral y presuponen la defensa de un marco moral como componente de la expresión»²⁶⁸.

1. **El modelo democrático:** Es el resultado de la participación de los ciudadanos. Busca solucionar los problemas de las sociedades modernas,

²⁶⁵ Cfr., *Ibíd.*, p. 54 y ss.

²⁶⁶ Humboldt, Wilhelm von, *Los Límites de la Acción del Estado*, trad. de Joaquín Abellán, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 51.

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 111.

²⁶⁸ Asís, Rafael de, *Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho*, Op. Cit. n(262), p. 64.

incorporando los derechos de participación y los derechos sociales este modelo, pero la *idea de democracia* está por encima de ellos²⁶⁹. Este modelo, quizás el más criticado y recomendado en la actualidad, se concibe «integrando los valores históricos de democracia, socialismo, libertad y paz»²⁷⁰.

2. **El modelo liberal**: Es también el resultado de la participación de los ciudadanos y protege en especial a los *derechos individuales*²⁷¹. Sin la *autonomía individual*, se hace imposible la existencia de este modelo. Doctrinariamente, esta forma de Estado se identifica con el «sistema político liberal, Estado y sociedad son dos sistemas separados, con gran autonomía, independencia y oposición entre sí»²⁷². Generalmente, se busca «siempre limitar y restringir el poder y el dominio del Estado en favor de la libertad del individuo»²⁷³. Por ello, se caracteriza especialmente por la división de poderes y mediante Ley Fundamental se prohíbe que se fusionen entre ellos para evitar así la concentración del poder público en una sola mano.

3. **El modelo exigente**: Es fruto de la participación de los ciudadanos y protege primordialmente los derechos individuales y sociales. Se trata del Estado liberal *social y democrático*. Se caracteriza principalmente por hacer suyo el elemento justicia: los derechos individuales, políticos, económicos, sociales y culturales²⁷⁴ son imprescindibles. Se trata de superar al Estado liberal burgués donde «uno exige solamente del Estado que proteja su libertad»²⁷⁵, en cambio, este modelo *aspira* al Estado social y

²⁶⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 64 y ss.

²⁷⁰ Fernández García, Eusebio, *Filosofía, política y derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 114.

²⁷¹ Cfr., Asís, Rafael de, *Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho*, Op. Cit. n(262), p. 79.

²⁷² Fernández García, Eusebio, *Filosofía, política y derecho*, Op. Cit. n(270), p. 109.

²⁷³ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Op. Cit. n(251), p. 44.

²⁷⁴ Cfr., Asís, Rafael de, *Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho*, Op. Cit. n(262), p. 83 y ss.

²⁷⁵ Maritain, Jacques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, trad. de Hector F. Mirí, Ed. Dedalo, Buenos Aires, 1961, p. 69.

democrático de Derecho. Depende esencialmente de la actuación activa del poder político para crear condiciones de desarrollo humano a favor de sus gobernados. Por ejemplos: el derecho de asistencia en caso de desocupación, el derecho a la salud, el derecho a la educación, etc.²⁷⁶.

4. **El modelo garantista**: Este modelo se construye a partir del denominado *Estado constitucional*, que intenta la superación del positivismo jurídico y para ello la construcción del Estado de Derecho. Para este modelo, la Constitución está por encima de los todos los ordenamientos jurídicos menores. Defiende la idea de moral en el Derecho, la imparcialidad del poder judicial garantiza la legitimidad y la protección de los derechos individuales y sociales²⁷⁷. Para este modelo, la Constitución como norma suprema *debe asumir* todas las pretensiones o intereses de una sociedad pluralista y democrática²⁷⁸.

2. 1. 3: Concepto de Estado de Derecho

Previamente, ya hemos analizado el origen y evolución del término Estado de Derecho, ya sólo nos queda la tarea de definirla. Al respecto, para —el jurista argentino— Carlos Sánchez Viamonte, «***significa que la comunidad humana se halla sometida, toda ella, sin excepción, a normas fundamentales, cuya vigencia excluye, en principio, la arbitrariedad***»²⁷⁹. Donde gobernantes y gobernados deben acatar las normas jurídicas por igual, es decir, está prohibida la excepción.

²⁷⁶ Cfr., *Ibíd.*, p. 163.

²⁷⁷ Cfr., **Asís, Rafael de**, *Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho*, Op. Cit. n(262), p. 89 y ss.

²⁷⁸ Cfr., **Zagrebelsky, Gustavo**, *El Derecho Dúctil (Ley, derechos, justicia)*, trad. de Marina Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 9 y ss.

²⁷⁹ **Sánchez Viamonte, Carlos**, “Estado de Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Op. Cit. n(235), p. 896.

Para —el jurista austriaco— Kelsen, el «Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional»²⁸⁰. Al ser el Estado y el Derecho como un ente unitario y unido para siempre, conforme a la doctrina kelseniana, el «Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye»²⁸¹. Aunque en la actualidad, es difícil concebir un Estado sin algún tipo de ordenamiento jurídico, o quizás sí, pero ese Estado podría tener sometido a sus ciudadanos por ejemplo mediante la llamada Ley Marcial —donde el orden público solamente se asegura mediante las armas del ejército—, situación que sería totalmente alejada del Estado de Derecho. Importa, sin embargo, aclarar que no es preferible confundir al Derecho y al Estado, como si fuese uno sólo, no es conveniente concebirla en forma unitaria, eso sí, el Derecho debe de estar por encima del poder político de la comunidad.

En conclusión, para la sociedad civil, es conveniente la existencia de un **auténtico** Estado de Derecho, para que cada uno de sus miembros puedan gozar de la seguridad jurídica en todas sus dimensiones. Ello implica «una garantía para la autonomía, la seguridad y la libertad de los individuos»²⁸². Con estos elementos, constituye una apreciable medida para evitar arbitrariedades del poder público en contra de los ciudadanos. En ese sentido, también con el Estado de Derecho quedan perfectamente definidos los derechos y las **obligaciones** exigidos tanto a los gobernantes como a los gobernados.

²⁸⁰ **Kelsen, Hans**, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, Ed. UNAM, México, 1998, p. 215.

²⁸¹ **Ídem**.

²⁸² **Fernández García, Eusebio**, *La Obediencia al Derecho*, Op. Cit. n(171), p. 230.

2. 1. 4: Rasgos que caracteriza al Estado de Derecho

Un auténtico Estado de Derecho, cuenta con ciertas características que le hace diferente al Estado totalitario. Ahora, para que exista un Estado de Derecho, sus funciones primordiales deben provenir de una Ley Fundamental o Constitución, además, se le autoriza monopolizar el uso de la fuerza pública —mediante normas preestablecidas—, desde luego, observando las normas jurídicas y en especial, **garantizando** la existencia de los derechos fundamentales. Se puede decir, que lo indispensable en el Estado de Derecho, es que se apliquen de manera imparcial todas las normas jurídicas, por lo tanto, es necesario la existencia de jueces independientes, incluso, estos pueden pronunciarse sobre la validez de la propia Ley²⁸³.

A continuación, veremos los rasgos más fundamentales que caracterizan al Estado de Derecho, sin los cuales, no se merecería esta denominación.

2. 1. 4. 1: Imperio de la Ley

Si no tuviéramos el “*Imperio de la Ley*”, las relaciones sociales serían anárquicas, pues es evidente que «si no existieran normas jurídicas, la vida social sería imposible o, cuando menos, sumamente costosa»²⁸⁴. En ese sentido, es interesante la reflexión que hace Bertrand Russell, al decir que: «*aunque las leyes pueden ser malas, rara vez son tan malas que resulten peor que la anarquía*»²⁸⁵. Entonces, el Imperio de la Ley resulta totalmente indispensable en las relaciones gobernantes-gobernados y de estos últimos hacia aquellos. Lo decisivo es la seguridad jurídica —nacida a consecuencia del Imperio de la Ley— que deben gozar todos los ciudadanos, siendo ésta una condición elemental para eliminar cualquier clase de arbitrariedad que pudiera ejercer el poder público en contra de los ciudadanos.

²⁸³ Cfr., Hayek, F. A., *Los Fundamentos de la Libertad*, Op. Cit. n(261), p. 284.

²⁸⁴ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 17.

²⁸⁵ Russell, Bertran, *Sociedad Humana*, Op. Cit. n(176), p. 36.

Por lo pronto, el Imperio de la Ley al que nos referimos, es el surgido en el Estado democrático, en donde la Ley será siempre la «expresión de la voluntad general y por ello debe ser acatada por todos, ciudadanos y poderes públicos»²⁸⁶. De lo contrario, sería el producto de una sola persona, de una sola clase social o de un grupo determinado. Pues —como decía **Rousseau**— «una voluntad particular no puede representar la voluntad general»²⁸⁷, por ende, no llegaría a existir jamás el interés común, pues cada quien atendería a sus intereses particulares. Ineluctablemente, «para que una voluntad sea general no siempre es necesario que sea unánime, pero es necesario que se tengan en cuenta todas las voces; una exclusión formal rompe la generalidad»²⁸⁸. En última instancia, «no hay Estado de Derecho si la ley no es expresión de la voluntad general»²⁸⁹.

Y como consecuencia del Imperio de la Ley, el respeto a la Ley, es «un deber moral y jurídico de ciudadanos y poderes públicos»²⁹⁰; desde luego, esto no se agota hasta aquí, sino que es preciso, que ciudadanos y autoridades cumplan sus respectivas obligaciones en armonía, por ejemplo, que haya contribuyentes cumplidos y autoridades responsables de sus actos.

2.1.4.2: División de poderes

La idea de división de poderes, es una doctrina surgida en la Modernidad, fue una de las causas principales por la que luchó la filosofía liberal, para evitar que el poder público se concentre en manos de una sola persona. Teniendo como principal exponente a **John Locke**, él refería el establecimiento

²⁸⁶ **Cavero L., Iñigo y Tomás Zamora R.**, *Introducción al Derecho Constitucional*, Op. Cit. n(259), p. 145.

²⁸⁷ **Rousseau, Jean Jacques**, *El Contrato Social*, trad. de Enrique López Castellón, Ed. Edimat Libros, Madrid, 2000, p. 71.

²⁸⁸ **Ibidem**, p. 66. —Esta “frase” de Rousseau aparece en pie de página de la obra citada.

²⁸⁹ **Díaz, Elías**, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Op. Cit. n(257), p. 32.

²⁹⁰ **Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín**, *Principios, Fines y Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 124.

de un “poder legislativo” —en este caso— para la preservación de la sociedad²⁹¹. Para este filósofo inglés «el poder legislativo no puede ni debe transferir la facultad de hacer leyes a nadie más»²⁹². El autor en referencia, planteó la existencia de dos poderes más, el ejecutivo y federativo, «el uno comprende la ejecución de las leyes interiores de la sociedad sobre sus partes, y el otro el manejo de la seguridad de intereses públicos en el exterior»²⁹³. Aunque estos últimos poderes sean distintos, en realidad se encuentran en manos de una sola persona, por lo que deducimos, se trata realmente de dos poderes en existencia efectiva.

Sin embargo, la doctrina de la rígida separación de poderes lo encontramos en Rousseau, al considerar el Estado como un ente biológico, expresa que «*el poder legislativo es el corazón del Estado; el poder ejecutivo es el cerebro que mueve todas las partes*»²⁹⁴. Aunque Rousseau no se refiere al mismo tiempo a los tres poderes que hoy se conocen, pero si se refiere —en el Libro Cuarto, capítulo V del Contrato Social— a un **tribunado**, este «*constituye un enlace o término medio, bien entre el príncipe y el pueblo, bien entre el príncipe, bien ambas cosas a la vez si es necesario*»²⁹⁵. Dicho ente, debe ser más importante que los otros dos poderes, pues «es más sagrado y más venerado como defensor de las leyes que el príncipe que las ejecuta y que el soberano que las dicta»²⁹⁶. La idea de división de poderes constituyó el cimiento mismo de la doctrina política liberal y válida para un futuro indefinido.

En ese sentido, responde esencialmente a la necesidad de garantizar la libertad de los ciudadanos y al mismo tiempo, se trata de limitar el ejercicio del poder público²⁹⁷.

²⁹¹ Cfr., Locke, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Op. Cit. n(152), p. 79.

²⁹² *Ibíd.*, p. 85.

²⁹³ *Ibíd.*, p. 88.

²⁹⁴ Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Op. Cit. n(287), p. 119.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 147.

²⁹⁶ *Ídem.*

²⁹⁷ Cfr., Caverro L., Iñigo y Tomás Zamora R., *Introducción al Derecho Constitucional*, Op. Cit. n(259), p. 146.

En la actualidad, “la división de poderes”, es un valor consagrado en la Ley Fundamental o Constitución, es y al mismo tiempo, la columna vertebral del Estado democrático de Derecho. Por lo general, —al menos en el mundo Occidental— se constituyen tres poderes efectivamente establecidos: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Se pretende fundamentalmente, evitar «que todas las potestades del Estado queden en manos de una sola instancia u órgano de poder»²⁹⁸ y soterrar para siempre el Estado Absoluto.

2. 1. 4. 3: Sujeción de la Administración a la Ley

El hecho de que la Administración gubernamental esté necesariamente sometida a la Ley, es una condición elemental para el Estado de Derecho. Porque de otra manera, el poder público no tendría ningún control, tendría poder ilimitado al afectar las esferas jurídicas de los ciudadanos, al tiempo que tampoco se estaría garantizado la existencia efectiva de los derechos fundamentales.

Lo comentado, es una apreciable medida para los gobernados, justamente porque la Administración debe acatar la primacía de la Ley en su actuación, ajustando a ella su modo de proceder y cualquier acto que realice siempre ha de hacerla conforme a la **Ley preexistente**²⁹⁹. Pero para asegurar la legal actuación de la Administración, debe quedar sujeta a un sistema de control y responsabilidad, para que se actúe conforme a Derecho con el fin de darles en todo el tiempo seguridad jurídica a los particulares³⁰⁰. Por ejemplo, en la administración pública, se da frecuentemente el llamado “**desvío de poder**”, pues «si la autoridad al emitir una resolución viola la ley aplicada o deja de aplicar la ley debida, hay desvío de

²⁹⁸ **Ibíd.**, p. 146 y 147.

²⁹⁹ **Cfr., Díaz, Elías**, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Op. Cit. n(257), p. 36.

³⁰⁰ **Cfr., Ídem.**

poder»³⁰¹. Por lo tanto, «un poder susceptible de ser ejercido a discreción de su titular tiende por hipótesis a no reconocer límite alguno»³⁰². Precisamente, para evitar estos actos ilegales de la autoridad, la Administración y sus titulares deben de estar sometidos en todo tiempo al Imperio de la Ley.

En conclusión, en caso de que la Administración intervenga en la esfera legal de los ciudadanos, lo hará solamente «cuando se encuentra autorizado para tal efecto mediante ley, y cuando el **contenido, objeto, finalidad y extensión** de esa autorización se encuentra suficientemente determinada en la ley»³⁰³.

2. 1. 4. 4: Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales

El reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales implica que el Estado los incorpore a través de sus normas, lo cual generalmente es a través de una Ley Fundamental o Constitución.

En un auténtico Estado de Derecho, los «derechos fundamentales son límites al poder pero es éste el que los regula y desarrolla jurídicamente»³⁰⁴. Es decir, no se estarían garantizados estos derechos si el Estado no los ha incorporado en su ordenamiento jurídico vigente. Dicho de otro modo, los «derechos limitan al Poder a partir de una decisión de ese Poder»³⁰⁵ o si queremos pensar bajo la concepción iusnaturalista, los llamados derechos naturales en todo caso tendría primero que reconocer el mismo Estado para la aplicación de esos derechos. Entonces, **necesitamos** del Estado para la existencia efectiva de los derechos fundamentales y garantizarlos por el mismo ente para su cumplimiento.

³⁰¹ **Margáin Manautou, Emilio**, *De lo Contencioso Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 9.

³⁰² **Fernández, Tomas R.**, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 21.

³⁰³ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 359. —Se trata de la Sentencia 9, 137, Segunda Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 3 de Febrero de 1959.

³⁰⁴ **Asís, Rafael de**, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Op. Cit. n(106), p. 79.

³⁰⁵ **Ansuátegui Roig, Francisco Javier**, *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, Op. Cit. n(23), p. 53.

2. 2: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DE DERECHO

En la actualidad, es impensable un Estado de Derecho sin la existencia de los derechos fundamentales. Precisamente, porque tiene la función de proteger, la «esfera de la libertad de los individuos frente a las intervenciones del poder estatal»³⁰⁶. Esencialmente, el «sentido primordial de los derechos fundamentales es el de *derechos subjetivos* que los individuos pueden ejercer para proteger sus intereses»³⁰⁷, ya sea frente a terceros o frente al mismo Estado. La existencia de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho, proporciona las siguientes **ventajas**: los hombres se convierten en auténticos titulares de los derechos fundamentales; se cuenta con medios de defensa, siempre que hayan sido dotados de garantías para su cumplimiento; el Estado incorpora unos ordenamientos de un mínimo contenido ético; también regulan las relaciones entre particulares, al establecer unos criterios éticos válidos entre los individuos; y, el Estado queda obligado a cumplir estos derechos³⁰⁸.

2. 2. 1: Características de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales cuentan con ciertas características en función de sus titulares, evidentemente estos derechos son para todos los seres humanos, en consecuencia, por ejemplo, no podrían evocarse a favor del mismo Estado —el ejemplo se debe a que este es una persona jurídica—, porque resulta «incompatible hacer al Estado mismo portador o beneficiario de los derechos fundamentales»³⁰⁹.

³⁰⁶ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 335. —Se trata de la Sentencia 21, 362, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 2 de Mayo de 1967.

³⁰⁷ **Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín**, *Principios, Fines y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(290), p. 122.

³⁰⁸ **Cfr., Gómez Alcalá, Rodolfo V.**, *La Ley como Límite de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(256), p. 235.

³⁰⁹ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 335. —Se trata de la Sentencia 21, 362, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 2 de Mayo de 1967.

2. 2. 1. 1: Universalidad

La universalidad de los derechos fundamentales, se deriva de la necesidad de todos los hombres de gozar de unos mínimos derechos para su libre desarrollo. Por ello, la «universalidad de los derechos humanos hace referencia a la común participación de todos los hombres en estos derechos»³¹⁰, en donde cualquier excepción necesariamente implica su desconocimiento.

Con el carácter de universalidad se requiere resaltar que todos los derechos calificables de **humanos**, son poseídos por todos los seres humanos: de todas las etnias y de todas las latitudes; por la razón de que todos los seres humanos son iguales por naturaleza³¹¹. En consecuencia, se exige «una estricta igualdad jurídica básica»³¹² de todos los individuos. Contrariamente, por ejemplo, en «una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales»³¹³, por ende, la existencia de unos derechos solamente sería para la clase dominante, pues quienes estuvieran en la condición de esclavitud no tendrán ningún tipo de derecho fundamental.

2. 2. 1. 2: Inalienabilidad

Ahora bien, los derechos fundamentales «son inalienables porque están ineludiblemente, necesariamente, consustancialmente, unidos a la existencia de cada ser humano»³¹⁴. Esta característica es indispensable, para la protección jurídica de la Dignidad humana.

³¹⁰ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 28.

³¹¹ **Cfr., Martínez Morán, Narciso**, “Naturaleza y caracteres de los derechos”, en **Castro Cid, Benito de y otros**, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 116.

³¹² **Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid**, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Op. Cit. n(41), p. 414.

³¹³ **Ferrajoli, Luigi**, *Derechos y Garantías*, Op. Cit. n(40), p. 38.

³¹⁴ **Martínez Morán, Narciso**, “Naturaleza y caracteres de los derechos”, en **Castro Cid, Benito de y otros**, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 117.

Finalmente, es esencial añadir que los «individuos son titulares de los derechos básicos al margen y a pesar de su consentimiento»³¹⁵. Por ejemplo, la defensa de la inalienabilidad de los derechos fundamentales incide de modo especial en el derecho a la vida, pues se opone a cualquier tipo de disposición por parte del hombre de su propia vida³¹⁶.

2. 2. 1. 3: Irrenunciabilidad

Por irrenunciabilidad en los derechos fundamentales, significa que: «quien posee estos derechos no puede desprenderse de ellos, ni siquiera por propia voluntad, no puede renunciar a su titularidad»³¹⁷. Son, por lo mismo, imprescindibles para la realización de la vida humana, para que el hombre desarrolle al máximo sus posibilidades, en aras de mejores logros personales y colectivos.

En los derechos fundamentales, el sujeto titular no puede renunciar a éstos derechos, como sí puede llegar a ocurrir en algunas disposiciones establecidas por el Código Civil y bajo ciertas condiciones del mismo dispositivo jurídico.

2. 2. 1. 4: Imprescriptibilidad

Los derechos fundamentales son imprescriptibles, porque con el simple transcurso del tiempo, es imposible perderlos, pues mientras el titular de estos derechos viva: seguirá conservando sus derechos fundamentales.

El hecho de no ejercitar estos derechos o por el desuso de ellos, no es causa de pérdida de la titularidad y se tiene siempre la posibilidad de ejercitarla

³¹⁵ **Ídem.**

³¹⁶ **Cfr., Labrada Rubio, Valle,** *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos,* Op. Cit. n(5), p. 28.

³¹⁷ **Martínez Morán, Narciso,** “Naturaleza y caracteres de los derechos”, en **Castro Cid, Benito de y otros,** *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos,* Op. Cit. n(21), p. 118.

en cualquier momento³¹⁸. Claro está, muchas veces no se ejercen estos derechos porque sus titulares lo desconocen, a causa por ejemplo del analfabetismo o porque el poder público lo desconoce a pesar de su incorporación en algún ordenamiento jurídico vigente. Situaciones como estas lamentablemente llegan a relativizar estos derechos básicos del hombre.

2. 2. 2: Carácter Universal y absoluto de los derechos fundamentales

En este apartado, resulta conveniente aclarar si realmente los derechos fundamentales poseen características absolutas o en su caso, “por qué no lo son”, y luego “por qué son universales”.

2. 2. 2. 1: Explicaciones del carácter Universal de los derechos

Desde la Revolución francesa, se manejaba la idea de la existencia de unos derechos universales —sin olvidar que en aquéllos tiempos sólo se extendía a la burguesía—. Luego, mediante la Declaración de 1789 «ocupará un lugar preeminente la idea de universalidad de los derechos»³¹⁹.

Conforme a la doctrina actual, Peces-Barba, distingue de esta manera el carácter universal de los derechos fundamentales³²⁰:

- **Desde el plano racional:** Por universalidad se entiende que la titularidad de estos derechos se adscriben a todos los seres humanos.
- **Desde el plano temporal:** Comprende el carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia.

³¹⁸ Cfr., *Ibíd.*, p. 119.

³¹⁹ Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(14), p. 303.

³²⁰ Cfr., *Ibíd.*, p. 299 y ss.

- **Y desde el plano espacial:** Porque comprende la extensión de la cultura de los derechos fundamentales a todas las sociedades políticas sin excepción.

Sin embargo, donde si tenemos dificultades en el ejercicio de los derechos fundamentales, es en el plano espacial, porque su cumplimiento se encuentra condicionada por diversos problemas sociales. Por ejemplo, el analfabetismo, la escasez de los recursos, la miseria, el hambre, la falta de un Estado democrático de Derecho, entre otros factores mas³²¹. Lamentablemente esto es así, las personas que están en condición de analfabetismos seguramente tendrían dificultades para conocer sus derechos fundamentales; así como por la condición económica de muchos de los Estados, tienen dificultades de ofrecerle empleos dignos a sus ciudadanos —condiciones que limitan el potencial del desarrollo humano—.

2. 2. 2. 2: Distinción entre carácter Universal y absoluto de los derechos

Hemos dicho precedentemente, que los derechos fundamentales son universales porque son poseídos por todos los seres humanos: de todas las etnias y de todas las latitudes. Ahora bien, es necesario comentar brevemente si estos mismos derechos **“son o no son absolutos”**.

Para aclarar esto, «por absoluto entendemos ilimitado»³²², en consecuencia, los derechos fundamentales no serían absolutos en cuanto a su ejercicio, y muy especialmente los derechos de libertad cuando afectan a otros bienes humanos igualmente fundamentales. La idea de “derechos fundamentales absolutos” se debe a que, después de la caída de algunos regímenes absolutistas, muchos querían que sus derechos recientemente positivizados fueran absolutos para

³²¹ Cfr., *Ibíd.*, p. 309.

³²² *Martínez Morán, Narciso*, “Naturaleza y caracteres de los derechos”, en *Castro Cid, Benito de y otros*, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 119.

eliminar por siempre al poder político arbitrario. Sin embargo, la Declaración de 1789, tampoco «reconoció al individualismo (de) derechos ilimitados»³²³.

Precisamente, en el artículo 4º de la Declaración, el Constituyente reguló el ejercicio de los derechos de libertad, al establecer que:

«ARTÍCULO 4.- La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser establecidos por la Ley»³²⁴.

Evidentemente, también en la «actualidad se entiende que los derechos humanos son limitados»³²⁵. Justamente, porque «ninguna pretensión desmesurada es derecho; no hay, pues, ni hubo derechos ilimitados»³²⁶. Además, los derechos fundamentales están condicionados a las exigencias del bien común y precisamente tienen que armonizarse con otros derechos de igual importancia. En ese sentido, es una condición necesaria para la existencia de la paz social.

Precisamente, por eso en la actualidad ya casi nadie sostiene que los derechos fundamentales sean absolutos en el sentido de que no conozcan límites jamás³²⁷.

2.2.2.3: Admisión de límites a los derechos fundamentales

Como hemos venido explicando con anterioridad, en realidad “no existen derechos fundamentales ilimitados”, porque constantemente nos relacionamos con

³²³ Lefebvre, Georges, *La Revolución Francesa y el Imperio (1787-1815)*, trad. de María Teresa Silva de Salazar, Ed. FCE, México, 1995, p. 64.

³²⁴ “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de Agosto de 1789”, en Gómez Orfanel, Germán, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Op. Cit. n(80), p. 290.

³²⁵ Martínez Morán, Narciso, “Naturaleza y caracteres de los derechos”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 119.

³²⁶ García San Miguel, Luis, *El Libre Desarrollo de la Personalidad*, Ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, p. 106.

³²⁷ Cfr., Brage Camazano, Joaquín, *Los Límites a los Derechos Fundamentales...*, Op. Cit. n(103), p. 5.

nuestros semejantes; pues en ese sentido, cuando ejercemos nuestros derechos encuentran sus límites respecto a los derechos de terceros. La idea de límites a los derechos, ya no es una simple cuestión doctrinaria, sino del Derecho Constitucional imperante hoy en día³²⁸.

Ciertamente, en el auge de la doctrina liberal se tenía una concepción absoluta de los derechos fundamentales —básicamente en el siglo XVIII—³²⁹. En aquél entonces, no se aceptaban límites porque, como sabemos, fue un período de transición, en donde apenas se estaban extinguiendo los regímenes con poderes absolutos, para dar inicio los regímenes constitucionales. Además, la burguesía tenía demasiado interés en la propiedad —se daba el abuso del derecho a la propiedad—. Precisamente, el «hombre propietario es el concepto antropológico básico de la filosofía política del liberalismo»³³⁰, el hombre burgués tenía que defender a sus intereses a como diera lugar, por lo tanto, la idea de límites a sus derechos recién adquiridos era inconcebible.

Sin embargo, la doctrina actual de los derechos fundamentales «admite, en consecuencia, que el ejercicio de los mismos debe estar sometido a ciertas limitaciones»³³¹. Pues, el bien común puede y debe limitar el ejercicio de los derechos fundamentales³³². Inevitablemente, si estos derechos no conocieran límites en sus ejercicios, todas las pretensiones humanas serían de luchas constantes, sería la colisión infinitas entre ellos.

³²⁸ Cfr., *Ibíd.*, p. 1.

³²⁹ Cfr., **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 192.

³³⁰ **Robles, Gregorio**, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Op. Cit. n(12), p. 45.

³³¹ **Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid**, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Op. Cit. n(41), p. 415.

³³² Cfr., **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 119.

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

3. 1: ORÍGENES DOCTRINALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La *facultad de expresar* el pensamiento es una manifestación externa del hombre para transmitir ideas en forma oral, escrita o simbólica con sus semejantes. Dicha manifestación tiene su origen en el pensamiento. En ese sentido, para Gregorio Badeni, el «pensamiento es una actividad intelectual del ser humano consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones»³³³. Esa actividad humana, se lleva a cabo ya sea en forma consciente o inconscientemente en la mente.

El derecho al pensamiento fue reconocido en el derecho positivo sólo hasta la Declaración francesa de 1789. Aunque por la naturaleza de este derecho, no existe «poder humano capaz de impedir el pensamiento de una persona»³³⁴, debido a que, se desarrolla sólo al **interior de la mente**.

Hemos aclarado brevísimamente acerca de la libertad de pensamiento, debido a que la consecuencia del «pensamiento se prolonga en la expresión, de la misma manera que la libertad de pensamiento se prolonga en la libertad de expresión»³³⁵. Por lo tanto, sin pensamiento nada se puede comunicar y sin expresiones no se puede transmitir ningún mensajes a nuestros semejantes.

³³³Badeni, Gregorio, *Tratado de Libertad de Prensa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 11.

³³⁴Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Op. Cit. n(146), p. 563.

³³⁵Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 208.

A través del tiempo, la libertad de expresión ha ido evolucionando, se ha desarrollado mediante diversos medios y procedimientos empleados por el hombre³³⁶. Las diversas expresiones humanas, no pueden «prescindir de la evolución experimentada por los medios técnicos de comunicación social»³³⁷. Desde los primeros orígenes, el hombre primitivo tenía necesidad de expresarse, por ejemplo plasmaban sus expresiones en las llamadas “pinturas rupestres” —generalmente ellos pintaban en las cuevas—, aunque ellos lo hacían por cuestiones mágicas de sus creencias. Tiempo más tarde, el hombre llega a inventar la escritura para poder plasmar algunas expresiones, cada civilización tenía su propia escritura las cuales fueron evolucionando. Sin embargo, sólo hasta el final de la Edad Media se inventa la imprenta, gracias al invento industrial de Gutemberg la historia del pensamiento humano floreció como nunca antes. Hoy en día las expresiones, las ideas, las informaciones y cualquier mensaje circulan de manera global mediante el uso de la Internet y por otros medios electrónicos.

A partir de la Grecia antigua la libertad de expresión fue tan relevante que «su ejercicio en las asambleas públicas de Atenas generaba el entusiasmo de la población y su respeto por tratarse de un medio que le permitía conocer el provecho inapreciable de la libertad de pensamiento, palabra y acción»³³⁸. Precisamente, la “**oratoria**” fue uno de los elementos culturales del mundo helénico.

Sin embargo, como en el caso de otros derechos fundamentales, la historia del derecho a la libertad de expresión se comienza a destacar en gran medida sólo al principio de la Modernidad, porque casi durante «toda la Edad Media el individuo era un simple objeto tutelado por el poder, por lo tanto, carecía de libertad de pensar por sí

³³⁶ Cfr., **Badeni, Gregorio**, *Tratado de Libertad de Prensa*, Op. Cit. n(333), p. 77.

³³⁷ **Ibídem**, p. 12.

³³⁸ **Ibídem**, p. 55.

mismo»³³⁹. Indudablemente, el hombre del Renacimiento utilizaba todas sus facultades intelectuales para externar sus ideas, aunque en esta etapa histórica la Iglesia sigue siendo una institución predominante en la sociedad civil, pero a la vez también es la institución que patrocina, por ejemplo, a los grandes pintores de la época. Entonces, sería hasta ya bien entrado el siglo XVII, cuando se inician las primeras batallas de los liberales contra la censura impuesta por los medios impresos. Por ejemplo, en el año de **1695** en Inglaterra se **abolió** el sistema de licencia estatal que controlaba cualquier publicación escrita³⁴⁰. Esta lucha histórica por la libertad de expresión dio como fruto la difusión social de diversas informaciones, ideas y opiniones mediante diversos medios, sin que hubiera más controles previos por parte del Estado³⁴¹. De alguna manera, la libertad de expresión surge como un «subproducto de la intolerancia religiosa, y es la hermana gemela de la libertad de conciencia y religión»³⁴², de ahí que la mayoría de los estudiosos en derechos fundamentales afirman que el primer derecho fundamental reconocido es el “**derecho a la libertad religiosa**”.

Se sabe que la formulación positiva de la libertad de expresión lo propuso el **duque de Rochefoucault** en la “Asamblea francesa Constituyente” mediante un texto en que proponía el **derecho de hablar y de imprimir libremente**, en el cual, defendía este derecho como la mejor barrera en contra del fanatismo y el despotismo. Por su parte, **Mirabeau** propuso que la limitación de cualquier derecho fuera siempre a **posteriori o represiva**, pero nunca a **priori o preventiva**. Mientras los obispos de Pálmey, de Amiens y un cura de Metz pidieron que se mantuviera la **censura real**³⁴³.

³³⁹ **Saavedra López, Modesto**, “El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública”, en **Betegón, Jerónimo y otros**, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 674 y 675.

³⁴⁰ **Cfr., Ibídem**, p. 683.

³⁴¹ **Cfr., Ídem**.

³⁴² **Faúndez Ledesma, Héctor**, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Ed. UNAM, México, 2004, p. 137.

³⁴³ **Cfr., Peces-Barba, Gregorio**, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(57), p. 107.

Finalmente, el derecho a la libertad de expresión y de prensa fue aprobado por la Asamblea Nacional francesa, quedando en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la siguiente forma:

«Artículo 11.

La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre; todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir e imprimir libremente, sin perjuicio de responder por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»³⁴⁴.

Evidentemente, el derecho a la libertad de expresión **nunca** se estableció como un derecho absoluto, porque el abuso de ella genera responsabilidad, obviamente en los casos determinados por la Ley. Como dijera don Luis Recasens, el derecho a la libre expresión «puede ser limitado para proteger el orden público, los derechos y las libertades de los demás y la decencia social»³⁴⁵. Pues si deseamos la armonía social como un bien común, necesariamente tenemos que aceptar algunas limitaciones en el ejercicio de nuestros derechos fundamentales.

El desarrollo histórico de la libertad de expresión, es totalmente «inherente al liberalismo político»³⁴⁶. Puesto que la eliminación a la «censura previa constituye una de las primeras conquistas liberales plasmada en los textos constitucionales del siglo XIX»³⁴⁷. A partir de estos hechos históricos, la razón humana se convierte en algo definitivo, a pesar de sus aciertos y sus errores, ya nunca más se le impondrían **verdades preconcebidas o religiosas** salvo que fuera por convicción propia.

³⁴⁴ «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de Agosto de 1789», en **Gómez Orfanel, Germán**, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Op. Cit. n(80), p. 291.

³⁴⁵ **Recasens Siches, Luis**, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Op. Cit. n(146), p. 564.

³⁴⁶ **Faúndez Ledesma, Héctor**, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Op. Cit. n(342), p. 71.

³⁴⁷ **Rallo Lombarte, Artemi**, *Pluralismo Informativo y Constitución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 85.

3. 2: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL

El Estado moderno y democrático de Derecho, asume la responsabilidad de reconocer a todos los individuos los derechos fundamentales con toda su amplitud y consecuencias, por ser los derechos básicos y mínimos de que deben gozar los hombres. Estos derechos quedan protegidos al ser incorporados en la Ley Fundamental o Constitución. El derecho a la libertad de expresión, en la actualidad también es reconocido y en su caso protegido en distintas declaraciones y tratados internacionales.

En el actual Estado de Derecho, la libertad de expresión forma «parte del orden estatal democrático y libre»³⁴⁸. Favoreciendo así el debate de las ideas y la construcción permanente del Estado democrático moderno. En nuestro país la libertad de expresión se garantiza a través de los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal de 1917. Desde luego, esa libertad de expresión será siempre asegurada, mientras no se use para atacar a otros bienes jurídicos de igual importancia.

Históricamente, la libertad de expresión ha demostrado ser el mejor **instrumento limitador del poder**³⁴⁹. La libertad en cuestión ha ido formando ciudadanos más racionales, más críticos del poder público y también llegan a formular propuestas para solucionar a los problemas de la comunidad política.

Sin duda, en el Estado actual del Derecho, la libertad de expresión se garantiza al menos en forma aceptable desde la Constitución o Ley Fundamental, así lo demuestran algunas de las constituciones más modernas del mundo Occidental.

³⁴⁸ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 135. —Se trata de la Sentencia 7, 198, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 15 de Enero de 1958.

³⁴⁹ **Cfr., Ansuátegui Roig, Francisco J.**, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, Op. Cit. n(335), p. 111.

Así, la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* (1949), la libertad de expresión se garantiza en su artículo quinto.

«Artículo 5. —Libertad de opinión—.

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

3. El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución»³⁵⁰.

Por lo que respecta la *Constitución de la República Italiana* (1948), en su artículo vigésimo primero establece que:

«Artículo 21.

Todos tienen derecho a manifestar libremente el propio pensamiento con la palabra, por escrito o mediante cualquier otro medio de difusión.

La prensa no puede estar sometida a autorización o censura.

Únicamente por resolución motivada de la autoridad judicial podrá procederse al secuestro en caso de delitos para los cuales la ley de prensa lo autorice expresamente o en el supuesto de violación de las normas que la propia ley de prensa prescriba para la identificación de los responsables»³⁵¹.

...

³⁵⁰ Véase en: <http://constitución.rediris.es/legis/ConstituciónAlemana.html>

³⁵¹ “Constitución de la República Italiana”, trad. de Maggioli Editore, en Gómez Orfanel, Germán, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Op. Cit. n(80), p. 425.

Mientras la **Constitución Española** (1978), la libertad de expresión se garantiza en su artículo vigésimo:

«Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial»³⁵².

De la lectura de estos artículos, queda perfectamente comprendido el reconocimiento y la garantía para la libertad de expresión en el Estado actual de Derecho. Igualmente, los preceptos en cuestión prohíben la censura previa y establecen algunos límites para el ejercicio de esa libertad.

³⁵² Véase en: <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>

3.3: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA LUZ DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS E INFORMÁTICOS

Ante la existencia de tan diversos medios masivos de comunicación, de alguna forma se fortalece la libertad de expresión. Por ejemplo: los medios informativos de comunicación puede contribuir a la «formación del conocimiento político»³⁵³ en aras de formar **mejores ciudadanos**. Precisamente, porque los medios de comunicación masivo tienen un gran alcance hacia el mayor número de personas, incluso tienen el poder de traspasar las fronteras nacionales.

En la actualidad, debido al desarrollo y alcance de la libertad de expresión necesariamente ha de «ser considerada en relación con el avance tecnológico de los medios»³⁵⁴. A medida que haya ciudadanos más críticos y participativos en su entorno social, desarrollarán una potencial libertad de expresión, porque no sólo criticará a ciertos males de la sociedad civil al que pertenecen sino que también contribuirán para solucionar los problemas sociales de su entorno.

3.3.1. Medios impresos

Al parecer, desde la misma aparición de la expresión escrita tuvo tanta fuerza pero también, al mismo tiempo, fue objeto de mayores controles y de mayores regulaciones³⁵⁵. La forma de control gubernamental fue mucho más severa para los primeros medios impresos, pues no podía ser publicado nada **sin la aprobación del Estado**. Los medios impresos son un producto de la imprenta. El «vocablo imprenta alude al arte de imprimir todo aquello que se publica en

³⁵³ Stein Velasco, José Luis F., *Democracia y Medios de Comunicación*, Ed. UNAM, México, 2005, p. 9.

³⁵⁴ *Ibíd.*, p.129.

³⁵⁵ Cfr., Faúndez Ledesma, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Op. Cit. n(342), p. 170.

forma escrita»³⁵⁶. Desde un principio, la imprenta constituyó una invención tecnológica para difundir las ideas a grandes distancias, siempre fue el arma más poderosa de los liberales en sus batallas en contra de la nobleza y del clero.

Ahora, respecto a la «libertad de imprenta supone la facultad del individuo de publicar ideas, escritos o imágenes por cualquier medio gráfico»³⁵⁷. Esa libertad, en sentido estricto se encuentra **implícita** en la libertad de expresión, porque a partir del siglo XVIII, la imprenta fue el medio más usado para difundir ideas de cualquier tipo, por ende, un instrumento aliado de los liberales en contra del *Poder Absoluto*³⁵⁸.

En la actualidad, generalmente los medios impresos abarcan las revistas, los diarios, las publicaciones periódicas entre otras. Evidentemente, la libertad de expresión también se ejerce mediante los medios impresos, pues el hombre tiene la necesidad de externar sus ideas mediante cualquier medio de difusión.

3.3.2: Medios electrónicos

Los medios electrónicos de comunicación y de difusión masiva, quizás sean los más importantes y de mayores alcances en la actualidad. Los medios electrónicos de difusión generalmente se materializan en forma radial, televisiva, satelital o por medios de cables —instalados para esos fines—. Obviamente, la Televisión, la Radio, la Internet entre otros medios electrónicos, contribuyen al ejercicio de la libertad de expresión, siempre y cuando, se tome en cuenta la *pluralidad* de las expresiones.

Al menos en nuestro país, la **Televisión** “no” precisamente constituye un medio de difusión para manifestar nuestras ideas, probablemente por su misma naturaleza, por el costo que representa o por falta de tiempo para que muchos tuvieran la oportunidad de expresarse en dicho medio, o simplemente porque a

³⁵⁶ **Badeni, Gregorio**, *Tratado de Libertad de Prensa*, Op. Cit. n(333), p. 82.

³⁵⁷ **López Ayllón, Sergio**, *Derecho de la Información*, Ed. McGraw-Hill, México, 1997, p. 8.

³⁵⁸ **Cfr., Ibídem**, p. 9.

los profesionales de la televisión no les interesa la pluralidad de las opiniones. Por ende, **no** es el mejor medio para la verdadera libertad de expresión.

En cambio, la **Radio** es un medio mucho más flexible y a la vez sigue siendo un indispensable medio electrónico de la comunicación. Gracias a las diversas estaciones de Radio, al menos los ciudadanos a través de este medio tienen más oportunidad de manifestar sus opiniones. Igualmente, importa la pluralidad de las distintas formas de pensar, pues si por ejemplo una estación de Radio solamente prestara atención a un sólo tipo de opinión, tampoco estaría contribuyendo para nada a la libertad de expresión. Desde luego, quienes expresan o difunden informaciones en los medios electrónicos de comunicación al igual que la escrita, tienen la responsabilidad de no atacar a los derechos de terceros o alterar el orden público³⁵⁹.

La **Internet**, es otro de los medios electrónicos de difusión masivo y tiene la ventaja de difusión a nivel planetario. En este caso, la «audiencia individual se dispersa en el acceso a múltiples y variados sitios de la red, así como en la recepción de innumerables y diferentes mensajes en un solo momento»³⁶⁰. Es un medio que puede difundir al mismo tiempo la Televisión, la Radio y por supuesto la prensa. Aunque también tiene una función más individual, solamente se puede acceder mediante el ordenador o por otros aparatos electrónicos, y claro mediante pagos periódicos de dicho servicio. Entonces, a la vez es una desventaja para la libertad de expresión o al menos tampoco es un medio automático para difundir libremente las ideas, porque también la Internet tiene misiones muy distintas, por ejemplo: la de «conquistar la voluntad del consumidor a favor de productos, servicios de información, formas y expresiones de entretenimiento»³⁶¹.

³⁵⁹ Cfr., **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 156.

³⁶⁰ **Stein Velasco, José Luis F.**, *Democracia y Medios de Comunicación*, Op. Cit. n(353), p. 293.

³⁶¹ **Ídem**.

3. 3. 3: Conveniencia y peligros de estos medios

Existe inconveniente y peligro para el Estado democrático de Derecho, cuando los **dueños** de los medios masivos de comunicación son muy pocos o cuando todos son propiedad del gobierno, ya que, ante la falta de una mayor **competencia** se convierte en monopolio o cuasi monopolio, cuya consecuencia es la falta de una verdadera libertad de expresión «en desmedro del pluralismo, un requisito básico de la democracia»³⁶². Al menos en nuestro país, solamente existen dos grandes televisoras privadas, y contrariamente con las televisoras públicas se tiene la necesidad de fortalecerla, puesto que se convierten en los únicos medios televisivos para difundir la cultura, la educación y otras difusiones de interés general. Misiones que no pueden llevar a cabo las televisoras privadas.

Otra de las desventajas que representan los medios masivos de comunicación es que se han apropiados de ellos los «poderes económicos, que no son ya sólo los propietarios clásicos de los medios privados de comunicación, sino que se extienden a empresarios, banqueros y comerciantes»³⁶³. Ante estas circunstancias, queda reducida a la nada la libertad de expresión de quienes no poseen el capital para competir con quienes ya dominan los medios de comunicación por ejemplo en una determinada región geográfica³⁶⁴. Es bien conocido que muchos medios de comunicación sirven solamente a los intereses personales de sus propietarios y hasta en las campañas electorales ellos tienen el partido o el candidato de su preferencia. Además, la «absorción de la libertad de expresión por la **libertad de empresa** produce»³⁶⁵ consecuencias indeseables para la libertad de expresión.

³⁶² **Gutiérrez Boada, John Daniel**, *Los límites entre la Intimidad y la Información*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 91.

³⁶³ **Peces-Barba, Gregorio**, *Ética, Poder y Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 120.

³⁶⁴ **Cfr., Saavedra López, Modesto**, “El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública”, en **Betegón, Jerónimo y otros**, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(339), p.684.

³⁶⁵ **Ídem**.

3. 4: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En este apartado analizaremos brevemente lo relativo a la protección de la libertad de expresión a nivel internacional, en especial algunos documentos y tratados que los amparan.

3. 4. 1: Declaración Americana y Universal de los Derechos Humanos

Estas dos declaraciones de derechos fundamentales tienen su origen en 1948, pero en realidad ambos instrumentos no tuvieron ningún valor jurídico, ya que fueron solamente **sugerencias o pretensiones morales** que los Estados considerarían para incorporarlos en su legislación interna para efecto de su cumplimiento. Ambas declaraciones tienen las siguientes características³⁶⁶:

- No fueron obligatorias para los Estados.
- Sus contenidos declarativos se fueron posteriormente reafirmando y reforzando mediante documentos convencionales, con la finalidad de positivizarla en las legislaciones internas de cada uno de los Estados firmantes.

No obstante, independientemente de estas características de dichas declaraciones, tomaremos en cuenta a los artículos referentes a la libertad de expresión.

La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948³⁶⁷. En su artículo cuarto establece lo siguiente:

³⁶⁶ Cfr., Castro Cid, Benito de, "Etapas del proceso de consolidación", en Castro Cid, Benito y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 55.

³⁶⁷ Cfr., Véase en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

«ARTÍCULO IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio»³⁶⁸.

En este caso, se pretende que la libertad de expresión sea protegida en cualquier campo de la vida, para poder investigar, emitir ideas y opiniones mediante cualquier medio de difusión.

Mientras que en el artículo quinto de la misma Declaración establece lo siguiente:

«ARTÍCULO V. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar »³⁶⁹.

Mediante este artículo, se establece los límites básicos para el ejercicio de la libertad de expresión en caso de afectación a otros bienes jurídicos fundamentales del hombre.

Ahora bien, en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 217 A (III), el día 10 de diciembre de 1948³⁷⁰. En su artículo décimo noveno declara lo siguiente:

«ARTÍCULO 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»³⁷¹.

³⁶⁸ Ídem.

³⁶⁹ Ídem.

³⁷⁰ Cfr., Véase en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

³⁷¹ Ídem.

En este caso, la libertad de expresión se pretende proteger universalmente, al difundir las ideas y opiniones mediante cualquier medio de difusión que puede traspasar las fronteras nacionales. Aunque claro, fue todo una utopía durante el período conocido como “**las guerras frías**”. Los países fundamentales de esta época no permitieron difundir ideas que no representaran sus intereses, por ejemplo en los Estados Unidos de América fueron perseguidos quienes profesaban ideas comunistas y de igual manera en la ya desaparecida URSS tampoco se permitió que los ciudadanos tuvieran influencias o que desarrollaran ideas de tipo capitalista.

3. 4. 2: Convenciones y tratados internacionales

Mientras las “*declaraciones*” carecen de “**un valor jurídico positivo**”, en cambio, las convenciones y los tratados si son obligatorios. Pero también implica dotarlos de órganos jurisdiccionales para el cumplimiento efectivo de esas normas internacionales. De no ser así, sólo se convierte en la buena «iniciativa y buena voluntad de cada uno de los Estados implicados»³⁷². Lamentablemente, en muchas de las normas internacionales, su cumplimiento queda sólo en la **buena fe** o en la **merced** de cada Estado según convenga sus intereses.

3. 4. 2. 1: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Este Pacto es adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), del día 16 de Diciembre de 1966. Y cuya entrada en vigor comienza a partir del día 23 de Marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 del Pacto³⁷³.

³⁷² **Castro Cid, Benito de**, “Etapas del proceso de consolidación”, en **Castro Cid, Benito y otros**, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 55.

³⁷³ **Cfr.**, Véase en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

En el artículo décimo noveno del Pacto queda garantizado el derecho a la libertad de expresión de la siguiente manera:

«ARTÍCULO 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesaria para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas»³⁷⁴.

Este artículo no sólo garantiza la libertad de expresión en estricto sentido, sino también el derecho de buscar o recibir información, además, se garantiza la libertad artística siendo también una expresión. En el tercer párrafo de este precepto, se establecen los límites a la libertad de expresión a causa de su ejercicio, puesto que conllevan diversos deberes y responsabilidades cuando se afectan a otros bienes jurídicos.

3. 4. 2. 2: Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

Esta Convención fue suscrita en San José de Costa Rica el día 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos³⁷⁵.

³⁷⁴ **Ídem.**

³⁷⁵ **Cfr.**, Véase en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Mediante el artículo décimo tercero de esta Convención, para la libertad de expresión establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.**
- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:**
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o**
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.**
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.**
- 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el objetivo de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.**
- 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional»³⁷⁶.**

Este artículo, recoge algunas de las características señaladas tanto en la Declaración Americana como en la Declaración Universal de los Derechos

³⁷⁶ Ídem.

Humanos para la libertad de expresión, salvo que establece más limitaciones a dicha libertad, pero muy necesaria para la paz social, como la protección de la infancia y de la adolescencia, la prohibición de la propaganda a favor de la guerra, al odio racial o religioso que incite a la violencia. Además, la moral que establece es la pública, es decir, aquella que asumen «los valores derivados de la Dignidad de la condición humana, la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad». Son esencialmente, valores básicos para las relaciones humanas.

3. 4. 2. 3: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

Este Convenio fue adoptado el día 4 de Noviembre de 1950³⁷⁷. En su artículo décimo que a nuestros efectos interesa establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»³⁷⁸.

³⁷⁷ Cfr., Véase en: <http://www.intermigra.info/semiex/archivos/legislacion/internac011.htm>

³⁷⁸ Ídem.

Este artículo del Convenio tiene por objeto la protección de la libertad de expresión para todos los ciudadanos europeos, siempre y cuando el Estado en cuestión pertenezca al **Consejo de Europa**.

Los limitantes que se establecen para la libertad de expresión, únicamente se contemplan como medidas para el buen funcionamiento de una sociedad democrática.

3. 4. 2. 4: Otros tratados

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, proclamada en Niza el día 7 de Diciembre de 2000, «representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea»³⁷⁹. El artículo que nos interesa establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 11. Libertad de expresión y de información.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se garantiza la libertad de los medios de comunicación y la libertad de información dentro del respeto del pluralismo y de la transparencia»³⁸⁰.

La libertad de expresión que protege este artículo es solamente para los habitantes de la **Unión Europea**. Tomando en cuenta el pluralismo de las ideas y de las informaciones que se desarrollan específicamente para esa zona geopolítica del mundo.

³⁷⁹ Veáse en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

³⁸⁰ **Ídem.**

3. 4. 3: La justicia internacional en materia de libertad de expresión

Analizaremos brevemente algunas sentencias a nivel internacional sobre la libertad de expresión.

El **Tribunal de Justicia de Estrasburgo** ha emitido varias resoluciones o acuerdos en materia de libertad de expresión, aunque a veces de modo contradictorio. Algunos de ellos son³⁸¹:

- Sobre el caso “**el pequeño libro rojo**”, el Tribunal estimó AJUSTADA al *Convenio (Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950)* la actuación de los jueces ingleses que condenaron a la editorial por estimar que atentaba gravemente a la moral³⁸². Sobre el caso, la doctrina establecida por el Tribunal es el siguiente:

«El Tribunal considera, pues inmoral el mostrar a un niño como normal lo que no es normal, el socavar los cimientos de la relación y confianza con los padres y profesores, el omitir la ilegalidad de ciertos actos, el presentar como especialmente atractivas experiencias que podrían ser dañinas por precoces, etc.»³⁸³.

En este caso, el Tribunal tomó en cuenta el sano desarrollo tanto psicológico como físico de los menores de edad.

- En cambio, para el caso de “**los niños de la talidomida**”, el Tribunal de Estrasburgo estimó que los jueces ingleses sí habían INFRINGIDO el *Convenio* cuando prohibieron la publicación de unos artículos sobre temas de

³⁸¹ Cfr., Vega Ruiz, José Augusto de, *Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*, Ed. Universitas, Madrid, 1998, p. 26.

³⁸² Cfr., *Ibidem*, p. 27.

³⁸³ Molinero, César, *Teoría y Fuentes del Derecho de Información*, Ed. EUB, Barcelona, 1995, p. 217 y 218. —Se trata de un estrato de Sentencia del Tribunal de Justicia de Estrasburgo, de 7 de Diciembre de 1976, es el caso Handyside o el “pequeño libro rojo del colegio”.

salud³⁸⁴ al periódico **Sunday Times**, como consecuencia de la publicación acerca de la propuesta de acuerdo que habían alcanzado entre los padres de los niños afectados y la *empresa farmacéutica* responsable de la comercialización de un medicamento prescrito esencialmente a las mujeres embarazadas desde los fines de los 50, quienes muchas de ellas dieron a luz a niños con mal formaciones. Pero como el periódico anunció más publicaciones para examinar mejor el problema, la empresa farmacéutica presentó una demanda en contra de Sunday Times, en el que la decisión de la Cámara de los Lores **terminó por prohibir** más publicaciones sobre el tema, porque según ella se impedía la administración de la justicia³⁸⁵.

Por lo que respecta al Tribunal de Justicia de Estrasburgo, «sostuvo que se trataba de una verdadera injerencia de los poderes públicos a la libertad de expresión»³⁸⁶. Y los límites impuestos al Sunday Times por parte de los jueces ingleses no se ajustaba al artículo 10.2 del Convenio de Roma.

- Y Sobre la consecuencia de la publicación del libro “**Eva**”, destinado a la educación sexual en España, el Tribunal de Estrasburgo estimó AJUSTADA al *Convenio* la Sentencia del Tribunal Constitucional español del día 15 de Octubre de 1982 al rechazar el Amparo solicitado por quienes habían sido condenados primero por el Tribunal Supremo³⁸⁷.

³⁸⁴ **Cfr., Vega Ruiz, José Augusto de**, *Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*, Op. Cit. n(381), p. 27.

³⁸⁵ **Cfr., Molinero, César**, *Teoría y Fuentes del Derecho de Información*, Op. Cit. n(383), p. 218

³⁸⁶ **Ídem.**

³⁸⁷ **Cfr., Vega Ruiz, José Augusto de**, *Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*, Op. Cit. n(381), p. 27.

En América, tenemos la **Corte Interamericana de los Derechos Humanos**³⁸⁸, que también ha resuelto varios casos sobre cuestiones de la libertad de expresión. Pero para denunciar violaciones a los derechos fundamentales cometidos por algún Estado miembro de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se hace solamente a través de la “**Comisión Interamericana de los Derechos Humanos**”, quien decidirá primero si existe o no la violación de los derechos; luego si existieran tales violaciones, entonces presentará la denuncia correspondiente ante la Corte ya mencionada.

A continuación, veremos algunas de las controversias recientes resueltas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Caso Palamara Iribarne VS. Chile³⁸⁹: —Se trata de la Sentencia del día 22 de Noviembre de 2005—.

En Marzo de 2003, el señor Humberto Antonio Palamara Iribarne (un oficial retirado de la Armada chilena), publica un libro titulado “*Ética y Servicios de Inteligencia*”, en el que trataba temas relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarlas a ciertos parámetros éticos. Sin embargo, los militares chilenos incautaron todos los ejemplares del libro y demás documentos relacionados con la obra. Luego el señor Palamara Iribarne fue sometido a un proceso por dos delitos de desobediencia —el segundo delito es por haber dado a conocer el asunto en conferencia de prensa—.

³⁸⁸ Sobre el tema de los derechos fundamentales en el Sistema Interamericano y concretamente en materia de competencia consultiva de la Corte Interamericana, véase **Suárez Romero, Miguel Ángel**, “La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en **Mansilla y Mejía, María Elena** (coordinadora), *Derecho Internacional (Visiones contemporáneas*, Ed. Porrúa-Facultad de Derecho, México, 2008, p. 187-216.

³⁸⁹ **Cfr.**, Véase en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/seriec_135_esp.doc

Conforme a las pruebas hechas llegar a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, encontró que:

- El Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
- El Estado chileno quedó obligado a permitir la publicación de la obra en cuestión.
- El Estado chileno fue obligado a dejar sin efectos las sentencias emitidas por dos cortes marciales del mismo Estado.
- Además, la Corte Interamericana determinó que solamente puede ser juzgado en una jurisdicción militar penal “un militar en función”.

Caso Ricardo Canese VS. Paraguay³⁹⁰: —Se trata de la Sentencia del día 31 de Agosto de 2004—.

El señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, cuestionó (durante el desarrollo de un debate electoral en Agosto de 1992) la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, al señalar que fue el presta nombre de la familia Stroessner en CONEMPA (Consortio de Empresas Constructoras Paraguayas), entidad que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú, cuyo presidente, al momento de las declaraciones en cuestión, era precisamente el señor Wasmosy. Dichas declaraciones fueron publicadas en varios periódicos paraguayos.

A consecuencias de las expresiones manifestadas, algunos socios de la CONEMPA presentaron una querrela en contra del señor Ricardo Canese —quien fue condenado en Primera Instancia el día 22 de Marzo de 1994 y en Segunda

³⁹⁰ Cfr., Véase en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casosarticulos/seriec_111_esp.doc

Instancia el día 4 de Noviembre de 1997—. Además, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, llegó a la conclusión de que efectivamente si se violó la libertad de expresión del señor Ricardo Canese, estableciendo que:

- El Estado paraguayo violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención.
- El Estado violó el derecho de circulación consagrada en el artículo 22 de la Convención.
- Determinó algunas indemnizaciones monetarias a favor del señor Canese.

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) VS. Chile³⁹¹:—Se trata de la Sentencia del día 5 de Febrero de 2001—.

Como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “*La Última Tentación de Cristo*”, confirmada por la Corte Suprema de Chile el día 17 de Junio de 1997.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos determinó que el Estado Chileno había aplicado la censura previa, de tal manera que:

- El Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención.
- Decide que el Estado en cuestión debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin principal de suprimir la cesura previa para poder permitir la exhibición de la película “*La Última Tentación de Cristo*”.

³⁹¹ Cfr., Véase en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.doc

Evidentemente, en los tres casos que hemos visto la Corte Interamericana ha amparado la protección jurídica de la libertad de expresión, sin duda alguna dichas resoluciones favorecen las existencias de los **estados democráticos**. Sin embargo, no precisamente ha determinado los límites a considerar para el ejercicio de la libertad de expresión, establecida en la Convención Americana en su artículo 13. 2 y 13. 4. Por ejemplo, para la película titulada “*La Última Tentación de Cristo*”, la Corte simplemente concluyó que al no ser permitida la exhibición de esta película se violó la libertad de expresión y que el Estado chileno debe eliminar la cesura previa, pero nunca consideró si debe ser exhibida solamente en locales cerrados y cuyas entradas han de estar permitidas únicamente a personas de mayoría de edad legalmente reconocida. Limitantes, que por cierto, no constituyen una previa censura.

3. 5: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA

Si bien, todos los individuos tienen la posibilidad de participar en la formación de la conciencia colectiva, también lo es que siempre y cuando sea mediante un proceso equilibrado e igualitario, para que nadie quede excluido y sometido unilateralmente a la influencia de los demás³⁹². Pues a medida que cada quien difunda o exprese sus ideas según el medio de su elección, es «una condición precisa y necesaria para el buen y normal funcionamiento de una sociedad

³⁹² Cfr., Saavedra López, Modesto, “El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública”, en Betegón, Jerónimo y otros, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(339), p. 673.

democrática»³⁹³. Por lo tanto, la democracia representa el mejor desarrollo de la libertad de expresión, siempre que se ejerza **responsablemente**.

Generalmente en la llamada democracia liberal, se desconfía «siempre del poder público y de quién lo ejerce, porque se considera que todo poder ilimitado genera formas de despotismo»³⁹⁴. Y para equilibrar ese poder es necesario la crítica de los ciudadanos hacia sus gobernantes. También en la democracia liberal se considera que «todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones»³⁹⁵. En ese caso, la libertad de expresión se convierte en un arma de carácter pacífico para limitar y denunciar los abusos del poder estatal, siempre que no se utilice con fines violentos o para alterar la paz social.

3. 5. 1: Libertad de expresión y elecciones

Durante el tiempo en que se desarrollan las elecciones «cualquier información puede contribuir a condicionar la formación de la opinión pública»³⁹⁶. Por eso se impone mediante Ley el llamado **silencio electoral** durante algunos días a la llegada de la jornada electoral y hasta después de unas horas o minutos al cierre de la misma³⁹⁷. En este caso, se prohíbe cualquier manifestación en favor o en contra de algún partido político o candidato.

El hecho de no poder expresarse a favor de algún candidato o partido político, publicar encuestas, tendencias de resultados o proyecciones de

³⁹³ Vega Ruiz, José Augusto de, *Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*, Op. Cit. n(381), p. 24.

³⁹⁴ Tejeda González, José Luis, *Las Encrucijadas de la Democracia Moderna*, Ed. PyV, México, 1996, p. 276.

³⁹⁵ Schwabe, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 354 y 355. —Se trata de la Sentencia 44, 125, Segunda Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 2 de Marzo de 1977.

³⁹⁶ Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo Informativo y Constitución*, Op. Cit. n(347), p. 403.

³⁹⁷ Cfr., Faúndez Ledesma, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Op. Cit. n(342), p. 725.

resultados, la libertad de expresión de los ciudadanos sólo queda limitada **temporalmente** con el objetivo de evitar alteraciones del orden público.

Los funcionarios del Estado por su parte, no pueden pronunciarse a favor de algún partido o candidato en cualquier período electoral, porque los recursos financieros que utilizan para su existencia provienen de ciudadanos que pertenecen a distintas ideas o filiaciones políticas. En caso de que los funcionarios del Estado intervengan a favor de algún candidato o de algún partido político estarían violando el derecho constitucional de los contendientes a la igualdad de oportunidades en las elecciones³⁹⁸.

Entonces, durante el proceso electoral conviene que se haga efectiva la formación de la voluntad ciudadana, la que «debe partir del pueblo hacia los órganos del Estado»³⁹⁹, es decir, que los ciudadanos tomen sus decisiones libremente a favor del partido político o candidato de su preferencia y no bajo la influencia de los órganos del Estado.

En ese sentido, resulta indispensable comentar algunos artículos del nuevo **“Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”**, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de Enero de 2008.

El artículo 2.2 del nuevo COFIPE, establece unos límites para el Estado con el fin de influir a favor de algún candidato o partido político.

Artículo 2.

2. Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y hasta la conclusión de la jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y

³⁹⁸ Cfr., Schwabe, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 355. —Se trata de la Sentencia 44, 125, Segunda Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 2 de Marzo de 1977.

³⁹⁹ Ídem.

estatales, como de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

3.5.2: Libertad de expresión y ciudadanía

En la actualidad, los derechos políticos de los ciudadanos son considerados como derechos fundamentales y como manifestación de la voluntad general, aunque no precisamente están garantizados de forma efectiva por la Ley Fundamental⁴⁰⁰.

Los órganos del Estado deben tomar en cuenta la opinión de los ciudadanos, de lo contrario la «democracia es inútil, y será considerada como tal, en una sociedad sin Estado»⁴⁰¹. Por lo tanto, las críticas de los ciudadanos hacia el poder público deben de influir para el mejor desempeño de la administración gubernamental.

Los artículos del COFIPE que a continuación se transcriben contienen algunos límites para la libertad de expresión de los ciudadanos y de los sujetos que normalmente se involucran en las elecciones.

En el artículo 5.4, e) se establece algunos límites temporales de la libertad de expresión de los ciudadanos que quieran realizar actos de observación durante la “jornada electoral”, al disponer que:

Artículo 5.

4. Es derecho exclusivo de los ciudadanos mexicanos participar como observadores de los actos de preparación y desarrollo del proceso electoral, así como de los que se lleven a cabo el día de la jornada electoral, en la forma y términos en que determine el

⁴⁰⁰ Cfr., Orozco Gómez, Javier, *Estudios Electorales*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 23.

⁴⁰¹ Holmes, Stephen, “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado”, en Hongju Koh, Harold y Ronal C. Slye (compiladores), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, trad. de Paola Bergallo y otro, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 157.

Consejo General del Instituto para cada proceso electoral, de acuerdo con las bases siguientes:

...

e) Los observadores se abstendrán de:

...

II. Hacer proselitismo de cualquier tipo o manifestarse en favor de partido o candidato alguno;

III. Externar cualquier expresión de ofensa, difamación o calumnia en contra de las instituciones, autoridades electorales, partidos políticos o candidatos; y

IV. Declarar el triunfo de partido político o candidato alguno.

Mientras para las asociaciones ciudadanas que tienen por objeto intervenir en la temporada de las elecciones, tienen prohibida la utilización de algunas denominaciones, el artículo 33 del COFIPE establece que:

Artículo 33.

1. Las agrupaciones políticas nacionales son formas de asociación ciudadana que coadyuvan al desarrollo de la vida democrática y de la cultura política, así como a la creación de una opinión pública mejor informada.

2. Las agrupaciones políticas nacionales no podrán utilizar bajo ninguna circunstancia las denominaciones de “partido” o “partido político”.

3.5.3: Libertad de expresión y partidos políticos

Indudablemente, los partidos políticos poseen una gran influencia hacia la sociedad civil, pues ellos «son grupos formadores de opinión pública, tanto a través de su adoctrinamiento ideológico y encuadramiento político, como por medio de su actividad de pedagogía política al reproducir su oferta política y de

gobierno»⁴⁰². Los ciudadanos solamente ejercerán su voto libremente si son críticos y valoran o rechazan la actuación de los partidos políticos y sus dirigentes.

En nuestro país, los partidos políticos a nivel constitucional son considerados «entidades de interés público que no deben limitarse al proceso electoral»⁴⁰³, sino también a las actividades políticas permanentes.

Hoy en día, la libertad de expresión de los dirigentes partidistas durante las elecciones, es tan amplia que en exceso puede, incluso conducir a la «apatía y el abstencionismo político, cuando lo que en realidad se desea promover es la participación política voluntaria y consciente»⁴⁰⁴ de los ciudadanos. Si bien, ellos solamente deberían debatir temas de interés común, dar propuestas o proponer ideas para **mejorar** la Administración gubernamental a favor de la sociedad civil.

Los artículos del COFIPE que a continuación transcribimos, de alguna forma se relacionan con la libertad de expresión y algunos límites de ejercicio de los dirigentes y los militantes de los partidos políticos durante la temporada electoral.

Así, el precepto 26.1, c) del COFIPE establece algunos de los fines de los partidos políticos, por ejemplo formar ideológicamente a sus miembros:

Artículo 26.

1. El programa de acción determinará las medidas para:

...

c) Formar ideológica y políticamente a sus afiliados infundiéndoles el respecto al adversario y a sus derechos en la lucha política; ...

Mientras el artículo 27.1 a) del COFIPE prohíbe a los partidos políticos utilizar determinadas frases:

⁴⁰² Castellanos Hernández, Eduardo, *Derecho Electoral en México*, Ed. Trillas, México, 1999, p. 59.

⁴⁰³ Orozco Gómez, Javier, *Estudios Electorales*, Op. Cit. n(400), p. 66.

⁴⁰⁴ Andrea Sánchez, Francisco José de, *Los Partidos Políticos*, Ed. UNAM, México, 2002, p. 294.

Artículo 27.**1. Los estatutos establecerán:**

a) La denominación del propio partido, el emblema y el color o colores que lo caractericen y diferencien de otros partidos políticos. La denominación y el emblema estarán exentos de alusiones religiosas o raciales;

Por lo que respecta al artículo 38 del COFIPE, establece algunas obligaciones de los partidos políticos y se refiere a algunos temas relativos a los límites de la libertad de expresión, al señalar que:

Artículo 38.**1. Son obligaciones de los partidos políticos nacionales:**

a) Conducir sus actividades dentro de los cauces legales y ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, respetando la libre participación política de los demás partidos políticos y los derechos de los ciudadanos;

h) Editar por lo menos una publicación trimestral de divulgación, y otra semestral de carácter teórico;

j) Publicar y difundir en las demarcaciones electorales en que participen, así como en los tiempos que les corresponden en las estaciones de radio y en los canales de televisión, la plataforma electoral que sostendrán en la elección de que se trate;

p) Abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que denigre a las instituciones y a los partidos o que calumnie a las personas. Las quejas por violaciones a este precepto serán presentadas ante la secretaría ejecutiva del Instituto, la que instruirá un procedimiento expedido de investigación en los términos establecidos en el Libro Séptimo de este Código. En todo caso, al resolver sobre la denuncia se observará lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 6º. de la Constitución;

q) Abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda;

3.5.4: Libertad de expresión y candidatos

Los candidatos a puestos de elección popular comunican sus plataformas políticas e ideas fundamentales, a través de campañas directas con los ciudadanos y en los medios masivos de comunicación⁴⁰⁵. Las expresiones que ellos hayan utilizados durante el proceso electoral les **importan** a sus electores, pues de ellos dependen para decidir el voto a favor de uno de los candidatos.

Los **candidatos** son los «ciudadanos que reciben el voto en una contienda política»⁴⁰⁶. Es indispensable que ellos realmente se preocupen por proponer ideas y propuestas para solucionar los problemas de la comunidad.

Lamentablemente, el nuevo COFIPE mantiene como requisito para postularse como candidato “el estar afiliado” previamente a un partido político y ser propuesto únicamente por este ente público. De lo contrario, un ciudadano no puede registrarse como candidato para un puesto de elección popular ante las autoridades electorales. Así lo establece el artículo 218.1 del COFIPE:

Artículo 218.

1. Corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.

Al desarrollar la campaña del candidato postulado de cualquiera de los partidos políticos que participen en las elecciones, tendrían que observar los objetivos que fija el artículo 228.4 del COFIPE:

Artículo 228.

4. Tanto la propaganda electoral como las actividades de campaña a que se refiere el presente artículo, deberán propiciar la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijados por los partidos políticos en sus documentos

⁴⁰⁵ Cfr., *Ibíd.*, p. 273.

⁴⁰⁶ Orozco Gómez, Javier, *Estudios Electorales*, Op. Cit. n(400), p. 32.

básicos y, particularmente, en la plataforma electoral que para la elección en cuestión hubieren registrado.

Finalmente, el artículo 233 del COFIPE, señala algunos límites de la libertad de expresión del candidato —entre otros sujetos que menciona el precepto en cuestión— con el motivo de la propaganda que quiera realizar, así también establece algunas sanciones, al establecer que:

Artículo 233.

2. En la propaganda política o electoral que realicen los partidos políticos, las coaliciones y los candidatos, deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas. El Consejo General del Instituto está facultado para ordenar, una vez satisfechos los procedimientos establecidos en este Código, la suspensión inmediata de los mensajes en radio o televisión contrarios a esta norma, así como el retiro de cualquier otra propaganda.

3.5.5: Libertad de expresión de los funcionarios públicos

Los funcionarios públicos son las personas que desarrollan las actividades de los diversos órganos del Estado y que por Ley les han sido encomendado el funcionamiento de las instituciones públicas. Las actividades que ellos realizan «encuentra sus límites, donde comienza la propaganda política»⁴⁰⁷, en tratándose de un período electoral.

Los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones no pueden apoyar o combatir a los partidos políticos o candidatos con «recursos estatales y,

⁴⁰⁷ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 354. —Se trata de la Sentencia 44, 125, Segunda Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 2 de Marzo de 1977.

especialmente, influenciar la decisión de los electores a través de propagandas»⁴⁰⁸. Porque se estaría vulnerando la igualdad de oportunidades de los demás candidatos que no son de sus preferencias.

3.5.6: Libertad de expresión y ministros de culto religioso

La libertad religiosa también es un derecho fundamental de toda persona humana, que «está fundado y dimana en realidad de la Dignidad y libertad del hombre»⁴⁰⁹ cuando la religión se practica por convicción propia.

Los ministros de los cultos religioso de nuestro país cuentan con algunas **limitaciones especiales** a su libertad de expresión, por ejemplo ellos no pueden llevar a cabo propagandas políticas, oponerse a las instituciones y las leyes vigentes, agraviar a los símbolos patrios entre otras. Evidentemente, ellos si pueden expresarse respecto a todos los temas que no prohíbe expresamente el artículo 130 de la Constitución Federal.

3.5.7: Libertad artística

El ser humano es un ente potencial para desarrollar cualquier actividad artística, que puede expresar en forma oral o escrita, en forma visual o en imagen, en forma auditiva o mediante objetos. Lo más importante para cualquier «actividad artística es la libre estructuración de la creatividad»⁴¹⁰. En cada expresión artística interviene necesariamente la personalidad del artista,

⁴⁰⁸ **Ibídem**, p. 355 y se trata de la misma Sentencia.

⁴⁰⁹ **Catín, Luis Vicente**, *Naturaleza, Contenido y Extensión del Derecho de Libertad Religiosa*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 20.

⁴¹⁰ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 175. —Se trata de la Sentencia 30, 173, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 24 de Febrero de 1971.

donde la «fantasía y los conocimientos artísticos»⁴¹¹ forma todo un lenguaje para expresarse estéticamente.

Debido a que el «arte y la cultura son una manera de expresar también ideas»⁴¹², queda protegida constitucionalmente bajo la libertad de expresión, por lo tanto, se exenta de la censura previa sin otro límite que la protección de la moral pública y la protección de los menores de edad.

3.5.8: Libertad científica o de investigación

La libertad científica o de investigación es un derecho apreciado por los pensadores y filósofos desde la antigüedad, claro que como en todos los derechos fundamentales apenas al final del siglo XVIII quedó incorporado en el Derecho positivo y sólo al ser establecido como un derecho fundamental en la legislación positiva de los Estados, se constituyó en un «reconocimiento de la autonomía de la vida científica»⁴¹³. Siendo esta autonomía un verdadero «elemento vital de la productividad científica»⁴¹⁴ la ciencia prosperó para siempre, aunque tampoco queda exenta de consecuencias negativas para la humanidad.

En todo caso, solamente con la libertad científica la sociedad civil podrá progresar. Excepto cuando los investigadores o científicos carecen de recursos privados o públicos para financiar sus proyectos de investigación, entonces, esa libertad queda **reducida** a la nada.

⁴¹¹ **Ídem.**

⁴¹² **Tesis Aislada**, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Localizable en (CD-ROM) **IUS**, con Número de Registro: **253 108**, Materia: Constitucional, Séptima Época, Instancia: T. C. C., Fuente: Seminario Judicial de la Federación 97-102 Sexta Parte, Página: 144. (Amparo en Revisión 487/76, (Música a su Servicio, 18 de Enero de 1977).

⁴¹³ **Smend, Rudolf**, *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Ed. UNAM, México, 2005, p. 30.

⁴¹⁴ **Ídem.**

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

4.1: LÍMITES INTERNOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Si partimos de la idea de que las expresiones no pueden dañar a nadie, que son inocuas o inofensivas, nos estaríamos refiriendo a un mundo sin conflictos sociales. En realidad existen ciertas expresiones extremistas, que incitan al odio y a la discriminación de algunos grupos de la sociedad. En este caso, más que fomentar una verdadera libertad de expresión sería abusar de ella⁴¹⁵, pues al ejercerla incorrectamente sería «un constante riesgo para la libre formación de la conciencia»⁴¹⁶. Por ende, las expresiones injuriosas o extremistas no pueden estar constitucionalmente protegidas.

Los límites internos a la libertad de expresión, que se traducen en el llamado «**requisito de veracidad**»⁴¹⁷ es exigible cuando por ejemplo alguien emite opiniones sobre hechos —utilizando cualquier medio de difusión masivo—, siendo también requisitos necesarios la «imparcialidad y la buena fe»⁴¹⁸ de lo que se comunica. Aunque claro, en tratándose únicamente de la libertad de expresión, las críticas que se quisieran realizar han de estar fundadas al menos en la *buena fe*.

⁴¹⁵ Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Ed. La Ley, Buenos Aire, 2000, p. 151.

⁴¹⁶ Llamazares Calzadilla, M. Cruz, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 53.

⁴¹⁷ Serna, Pedro y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 19.

⁴¹⁸ Gutiérrez Boada, John Daniel, *Los límites entre la Intimidación y la Información*, Op. Cit. n(362), p. 111.

Ahora, si se tratara de difundir únicamente informaciones noticiosas, estaríamos ante la presencia de la libertad de información, libertad que «versa sobre hechos»⁴¹⁹, en cambio la libertad de expresión «tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos»⁴²⁰. De todos modos, aclaramos que los límites internos para difundir información sobre cualquier hecho sería la veracidad, la imparcialidad, el interés público, la buena fe, entre otros requisitos. Los conceptos en cuestión, consisten en que: la **veracidad** de la información se circunscribe a hechos que pueden ser verificados; mientras la **imparcialidad** envuelve la dimensión interpretativa de los hechos; en cambio el **interés público** implica que la información se interese por servir a un grupo de personas o a la colectividad; y la **buena fe** implica no transmitir informaciones con el sólo objetivo de perjudicar de manera ventajosa a alguien o a un grupo determinado de personas⁴²¹. También resulta necesario aclarar que algunos de los conceptos mencionados, constituyen conceptos valorativos que pueden ser tolerados en ciertos márgenes de errores, siempre que no deforme la naturaleza de los hechos informados. En caso de narración de hechos, es responsabilidad del informador de que se «haya preocupado con una razonable diligencia de contrastar los hechos que comunica»⁴²². De lo contrario, no podríamos darnos cuenta si los hechos narrados son reales o fantasiosos.

Finalmente, concluimos que la libertad de expresión no puede estar «amparada constitucionalmente si contiene frases injuriosas, vejatorias o calumnias»⁴²³. El derecho en cuestión, solamente puede subsistir si se respetan los derechos ajenos.

⁴¹⁹ Véase en: <http://www.boe.es/g/basesdatos/c/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0051> —Se trata de la Sentencia 51/1989, del Tribunal Constitucional Español.

⁴²⁰ **Ídem**.

⁴²¹ **Cfr., Gutiérrez Boada, John Daniel**, *Los límites entre la Intimidad y la Información*, Op. Cit. n(362), p. 111.

⁴²² **Gallego Anabitarte, Alfredo**, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales (Análisis Doctrinal y Jurisprudencial)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 221.

⁴²³ **Ibídem**, p. 218.

4. 2: LÍMITES EXTERNOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el mundo jurídico existen normas que obligan, prohíben o permiten realizar una determinada acción. Una de las características comunes a todas estas normas es la del establecimiento de límites⁴²⁴ a los derechos con motivo de su ejercicio. Indudablemente, los derechos fundamentales de libertad son a los que realmente se les imponen límites.

En el ejercicio de la libertad de expresión se tienen unos límites externos, «que de alguna manera constituyen sus lógicas y normales fronteras»⁴²⁵, pues como vivimos en sociedad civil, la «visión de los límites implica concebir la posibilidad jurídica de coartar el derecho desde fuera, externamente»⁴²⁶. Por eso se dice que la «libertad de una persona termina donde comienza la libertad ajena»⁴²⁷. Ante tan diversos intereses humanos muchas veces se genera una colisión de derechos, en consecuencia, cuando a los jueces y a los operadores jurídicos se les somete a consideración una controversia han de ponderar los bienes jurídicos, sin descuidar ninguno de ellos.

4. 2. 1: Ataque de derechos a terceros

Con motivo del ejercicio de la libertad de expresión, existen ataques de derechos a terceros cuando alguien rebasa el límite permitido por la Ley. Como hemos dicho, cuando la libertad de expresión se utilice para injuriar o calumniar no puede estar respaldada por la Ley Fundamental.

⁴²⁴ **Cfr., Asís, Rafael de**, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Op. Cit. n(106), p. 15.

⁴²⁵ **Llamazares Calzadilla, M. Cruz**, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Op. Cit. n(416), p. 233.

⁴²⁶ **Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 20.

⁴²⁷ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 195.

Ello por la exigencia al Estado democrático de Derecho, de que el ámbito personal del ciudadano «debe quedar libre de cualquier intromisión tanto de los poderes públicos, como de otros ciudadanos»⁴²⁸. Esto implica necesariamente, que la «libertad de opinión debe retroceder cuando viola la Dignidad humana de los demás»⁴²⁹. Siendo esto un requisito indispensable para la mejor convivencia de la sociedad civil.

Resulta indispensable analizar algunos de los artículos de la llamada “**Ley de Responsabilidad Civil Para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal**”, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 19 de Mayo de 2006.

El artículo de 1 de la LRCPPDVPHPIDF establece algunas responsabilidades civiles —entendido como daño moral para la Ley en cuestión— con el motivo del ejercicio indebido de la libertad de expresión y por cuestiones derivadas cuando se emite información incorrectamente, y dispone que:

Artículo 1.

Las disposiciones de esta Ley...

Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión.

En el artículo 3 de la LRCPPDVPHPIDF, pretende proteger el derecho a la vida, al honor y a la propia imagen, señala que:

Artículo 3.

La presente Ley tiene por objeto garantizar los siguientes Derechos de la Personalidad: el derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen de las personas en el Distrito Federal.

⁴²⁸ **Ibídem**, p. 152.

⁴²⁹ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 153. —Se trata de la Sentencia 93, 266, 1, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 10 de Octubre de 1995.

El artículo 6 de la LRCPPDVPHPIDF se refiere a la protección de los llamados derechos de personalidad:

Artículo 6.

Los derechos de la Personalidad corresponden a las personas físicas y son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables. La persona moral también goza de estos derechos, en lo que sea compatible con la naturaleza jurídica de ésta.

En las fracciones IV, V y VI del artículo 7 de la LRCPPDVPHPIDF señala algunos de los conceptos que nos podrían interesar para el presente trabajo.

Artículo 7.

Para los efectos de esta ley se entiende por:

...

IV. Derecho de Personalidad: Los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas.

V. Ejercicio del Derecho de Personalidad: La facultad que tienen los individuos para no ser molestados, por persona alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público, para oponerse a la reproducción identificable de sus rasgos físicos sobre cualquier soporte material sin su consentimiento y el respeto a la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social que se identifican con la buena reputación y la fama.

VI. Patrimonio Moral: Es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho. Se conforma por los derechos de personalidad.

4. 2. 1. 1: Dignidad de la persona

Sabemos que cada persona es un ser único, de tal manera que los seres humanos nunca son iguales entre sí. Ahora, respecto a la Dignidad de la persona, al principio del presente trabajo dijimos que se trataba del respeto mutuo —conforme a la fórmula Kantiana que citamos—⁴³⁰.

Evidentemente, también la «doctrina actual tiende a concebir la Dignidad a partir de la situación básica de relación del hombre con los otros hombres»⁴³¹, es decir, no concibe a la persona habitando en un mundo aislado, sino en constantes relaciones sociales y lo llevan a cabo al interior de la comunidad social.

Cuando mediante el ejercicio de la libertad de expresión se tenga por objeto dañar a la Dignidad de otra persona, entonces, ese derecho debe ser limitado —desde luego, limitante que debe estar señalada en la Ley Fundamental—. Precisamente, porque la Dignidad humana implica que ninguna persona sea sujeto de ofensas, humillaciones y muy particularmente porque cada individuo debe de gozar del pleno desarrollo de la personalidad⁴³².

4. 2. 1. 2: Derecho a la intimidad

Cada persona tiene el derecho fundamental a gozar de un mínimo de espacio reservado para sí, en donde no haya interferencias de terceros, esto es, un derecho a la intimidad.

Nuestro término en cuestión, procede del «vocablo latino *intimus*, que evoca la idea de lo más interno o recóndito. Intimidad será la interioridad de la persona, como disposición peculiar del ser humano a la introspección, a lo

⁴³⁰ Vid. *Supra*. Op. Cit. n(1).

⁴³¹ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, en Muguera, Javier y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(135), p. 282.

⁴³² Cfr., *Ibidem*, p. 281.

recóndito y secreto»⁴³³. A nuestro parecer, la intimidad representa “un espacio privativo de cada persona”.

El derecho a la intimidad, históricamente se había protegido mediante la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones⁴³⁴. Este derecho, tiene orígenes angloamericanos, se había definido «como “the right to be let alone” (**derecho a ser dejado en la soledad del espíritu**), expresión acuñada por el juez Cooley, y posteriormente adoptada por los juristas estadounidenses Warren y Brandeis»⁴³⁵. El concepto mencionado «pretende una estricta protección legal de la persona»⁴³⁶, en donde no se difundan hechos o datos sin el consentimiento de su titular. El derecho a la intimidad debe protegerse por la Ley Fundamental en atención a la Dignidad humana.

La libertad de expresión, vulnera el derecho a la intimidad con algunos de los siguientes actos⁴³⁷:

- La intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado.
- La divulgación de hechos privados sin su consentimiento.
- Y la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales.

El espacio reservado para la intimidad, constituye al menos una protección contra la interferencia de terceros, barrera que se destruye por la intromisión de otras personas.

⁴³³ **Pérez Luño, Antonio-Enrique**, “El derecho a la intimidad”, en **Betegón, Jerónimo y otros**, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(339), p. 642 y 643.

⁴³⁴ **Cfr., Bartolomé Cenzano, José Carlos**, *Derechos y Libertades Públicas*, Op. Cit. n(59), p. 137.

⁴³⁵ **Ekmekdjian, Miguel Ángel y Calogero Pizzolo**, *Hábeas Data (El Derecho a la Intimidad frente a la Revolución Informática)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 8.

⁴³⁶ **Ídem**.

⁴³⁷ **Cfr., Gutiérrez Boada, John Daniel**, *Los límites entre la Intimidad y la Información*, Op. Cit. n(362), p. 89.

Para el artículo 11 de la LRCPPDVPHPIDF el derecho a la intimidad frente a terceros señala que:

Artículo 11.

Como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Mientras el artículo 12 de la LRCPPDVPHPIDF sobre los hechos y datos difundidos ilícitamente, señala que:

Artículo 12.

Los hechos y datos sobre la vida privada ajena no deben constituir materia de información. No pierde la condición de íntimo ni de vida privada aquello que ilícitamente es difundido.

4. 2. 1. 2. 1: Intimidad y moral

Evidentemente, la moral está presente en la intimidad, en virtud del que la «intimidad individual es una manifestación necesaria para la vida moral del ser humano, ya que todos los hombres tienen, por necesidad, algo que reservan para sí»⁴³⁸. Esa intimidad, hoy en día, «ha dejado de ser un valor al servicio exclusivo de los grupos privilegiados de la sociedad»⁴³⁹, como lo fue en la naciente positivización de los derechos fundamentales, es decir, al principio del siglo XIX.

La moral tiene importancia para la intimidad de cada persona, porque es fundamentalmente necesario salvaguardar determinados espacios de la intimidad

⁴³⁸ *Ibídem*, p. 37.

⁴³⁹ **Pérez Luño, Antonio-Enrique**, “El derecho a la intimidad”, en **Betegón, Jerónimo y otros**, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(339), p. 657.

humana⁴⁴⁰. Por lo tanto, el derecho a la intimidad, implica la autodeterminación del sujeto en un espacio reservado para él mismo ya sea frente a otros individuos, poderes privados y poderes públicos⁴⁴¹, autodeterminación individual que sólo al propio individuo le corresponde dar a conocer a terceros si así quisiera.

En ese sentido, constituye otro de los limitantes a la libertad de expresión, porque la intimidad pierde su condición como tal, cuando uno o pocos los llegan a conocer, cuando se divulga a un grupo de personas o al público en general, entonces, llega a ser destruido⁴⁴². Es decir, deja de tener la condición de intimidad.

4. 2. 1. 3: Derecho a la privacidad

La vida privada de una persona se desenvuelve generalmente con los miembros de la familia, quizás abarcando otras personas como amigos, vecinos, jefe inmediato, etc. Por lo tanto, se puede decir que la «vida privada es aquella que se desenvuelve a la vista de pocos»⁴⁴³, y de la cual solamente llegan a tener conocimiento de nuestros actos las personas más cercanas.

El derecho a la privacidad implica que su titular es el único facultado para decidir con quienes compartir ciertos hechos o datos personales.

El derecho a la privacidad constituye otro de los límites a la libertad de expresión, aunque es un poco más abierto que el derecho a la intimidad, en el sentido de que la vida privada al menos los familiares más cercanos, algunas amistades, etc., pueden llegar a conocer un poco o mucho acerca de la vida privada de uno. En cambio, la intimidad se trata exclusivamente de un espacio reservado para uno mismo, es decir, no hay interferencias de terceros.

⁴⁴⁰ Cfr., *Ibíd.*, p. 658 y ss.

⁴⁴¹ Cfr., *Ibíd.*, p. 647.

⁴⁴² Cfr., *Serna, Pedro y Fernando Toller, La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 120.

⁴⁴³ *Ídem.*

Por su parte, el artículo 9 de la LRCPDVPHPIDF define qué se debe entender por vida privada, al establecer que:

Artículo 9.

Es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

Mientras el artículo 10 de la LRCPDVPHPIDF establece la protección del derecho a la vida privada, dispone que:

Artículo 10.

El derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia, domicilio, papeles o posesiones y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

4.2.1.4: Derecho al honor

El derecho al honor se refiere a que el hombre posee integridad moral y Dignidad en forma recíproca con sus semejantes⁴⁴⁴. Pues cuando alguien haya utilizados expresiones extremistas o denigrantes, con el sólo objeto de dañar a otro, su «libertad de opinión debe ceder frente a la protección de la honra»⁴⁴⁵. Como hemos referido ya varias veces, expresiones de esa naturaleza no pueden estar protegidas por la Ley Fundamental.

⁴⁴⁴ Cfr., Molinero, César, *Teoría y Fuentes del Derecho de Información*, Op. Cit. n(383), p. 151.

⁴⁴⁵ Schwabe, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 153. —Se trata de la Sentencia 93, 266, 1, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 10 de Octubre de 1995.

Para el **Tribunal Constitucional Español**, existe ataques al honor cuando se utilizan «**expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de una persona**»⁴⁴⁶. En este caso, las expresiones no sería simples críticas negativas sino que, implicarían que realmente su autor lo haya hecho a conciencia para denigrar o calumniar a otra persona.

En el artículo 13 de la LRCPPDVPHPIDF se establece lo que se debe entender por honor, al disponer que:

Artículo 13.

El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama.

El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

4.2.1.5: Derecho a la propia imagen

En la actualidad, la imagen de una persona se ha convertido en un elemento de seguridad jurídica en sus relaciones sociales cotidianas. En ese sentido, la imagen de una persona tiene importancia en los documentos de identidad, por ejemplo, la fotografía adherida a él debe coincidir con la imagen física, es decir, que no tenga modificaciones artificiales respecto a la imagen oficial. Puesto que la imagen constituye una verdadera identidad jurídica y real, su vulneración o alteración puede constituir delito⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Véase en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0120 —Se trata de la Sentencia 120/1983 del Tribunal Constitucional Español.

⁴⁴⁷ **Cfr., Molinero, César, Teoría y Fuentes del Derecho de Información**, Op. Cit. n(383), p. 143 y s.

El derecho a la propia imagen, para la doctrina «consiste en la protección de la fisonomía propia, de los rasgos físicos que caracterizan a cada persona»⁴⁴⁸, por lo tanto, cada persona tiene su propia imagen. El derecho a que nos referimos, es la imagen de una persona representada físicamente⁴⁴⁹, o dicho de otra manera, es la proyección exterior de la persona, elemento indispensable de su individualidad en relación con las demás personas.

Al titular del derecho a la propia imagen, se le atribuye un «derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública»⁴⁵⁰. Entonces, si esa imagen es dada a conocer mediante cualquier medio de difusión sin el permiso de su titular, esa libertad de expresión descuidó su correcto ejercicio.

Evidentemente, en algunos supuestos sí se permite la alteración gráfica de la imagen de una persona, por ejemplo en los periódicos generalmente encontramos caricaturas políticas —o dibujos satíricos de personajes públicos—, siendo estas manifestaciones o expresiones realmente permitidos en los Estados democráticos.

En general, el derecho a la propia imagen, es otro de los límites a la libertad de expresión y más cuando están en juego la protección psicológica y física de los menores de edad.

Otro aspecto importante a considerar, es el juicio paralelo o pre-juzgación que a veces las autoridades o los profesionales de la Televisión, en el que se difunden las imágenes de ciertas personas consideradas como delincuentes sin que después sean comprobadas a los supuestos delitos que cometieron. En ese sentido, también se vulneran los derechos fundamentales de los implicados.

⁴⁴⁸ **Bartolomé Cenzano, José Carlos**, *Derechos y Libertades Públicas*, Op. Cit. n(59), p. 139.

⁴⁴⁹ **Cfr., Molinero, César**, *Teoría y Fuentes del Derecho de Información*, Op. Cit. n(383), p. 142.

⁴⁵⁰ Véase en: <http://www.boe.es/g/es/basesdatostc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2001-0081> —Se trata de la Sentencia 51/1989 del Tribunal Constitucional Español.

El artículo 16 de la LRCPPDVPHPIDF define lo que se debe entender por imagen de una persona, y lo define de la siguiente manera:

Artículo 16.

La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material.

Mientras el artículo 19 de la LRCPPDVPHPIDF establece la forma en que pueda ser publicada la imagen de una persona:

Artículo 19.

La imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público.

4.2.2: Alteración del orden público y la paz social

Afortunadamente, en la mayoría de los Estados modernos y democráticos, la censura previa ha sido erradicada y ya no se aplica más para publicar cualquier material que queramos. Originariamente, la censura previa consistía en la «revisión por alguna autoridad de los originales de cualquier material destinado a ser impreso y difundido»⁴⁵¹, hecho que representó una etapa oscura en la historia del pensamiento humano.

Indudablemente, en la actualidad la libertad de expresión constituye uno de los factores imprescindibles para el progreso cultural y social, hacia el constante perfeccionamiento y elevación cultural de los ciudadanos⁴⁵².

⁴⁵¹ Pizzolo, Calogero, *Democracia, Opinión Pública y Prensa (En la construcción de un paradigma)*, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, p. 305.

⁴⁵² Cfr., Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 348.

Salvo cuando la libertad de expresión es ejercida indebidamente, puede llegar a afectar el orden público y la paz social. Ciertamente, el término orden público no es tan claro y concreto. La expresión orden público pertenece a uno de los llamados **conceptos jurídicos indeterminados**, de «manera que no parece factible llegar a un acuerdo absoluto acerca de qué situaciones o conductas resultan lesivas para el mismo»⁴⁵³. En todo caso, se refiere a la «totalidad de la legalidad, o que incluye el buen funcionamiento de las instituciones sociales y políticas»⁴⁵⁴. Esto implica que los diferentes intereses de los ciudadanos se desarrollen en forma ordenada y pacífica.

La libertad de expresión puede alterar al orden público, cuando por ejemplo se publica una información que pueda causar perjuicios económicos al Estado. Igualmente, cuando se utiliza la libertad de expresión mediante presión económica «viola la igualdad de oportunidades en el proceso de formación de la opinión»⁴⁵⁵. En este último caso, altera la paz social.

Evidentemente, **un derecho de libertad** solamente puede ser limitado cuando perturba o dificulta la realización del interés general, entonces, el beneficio privado en protección debe ceder a las exigencias del bien común⁴⁵⁶.

Ahora bien, si consideramos al orden público y a la paz social como límites a la libertad de expresión, «su contenido, sentido y alcance han de ser delimitados con la máxima precisión»⁴⁵⁷ posible en la Ley Fundamental, en donde no se deje duda o al menos límite fuertemente a libre interpretación de los jueces.

⁴⁵³ Prieto Sanchís, Luis, “La libertad de conciencia”, en Betegón, Jerónimo y otros, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(339), p. 629.

⁴⁵⁴ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 198.

⁴⁵⁵ Schwabe, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 143. —Se trata de la Sentencia 25, 256, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 26 de Febrero de 1969.

⁴⁵⁶ Cfr., Castro Cid, Benito de, “Posibilidades y límites del ejercicio”, en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 357.

⁴⁵⁷ *Ibídem*, p. 355.

4. 2. 3: Comisión de algún delito

Con motivo del ejercicio de la libertad de expresión se pueden cometer ilícitos tanto civiles como penales. En diversos Estados son considerados delitos penales «por ejemplo la calumnia o la injuria, en la que es especialmente relevante el elemento subjetivo del tipo del **animus injuriandi**»⁴⁵⁸, esto es, tener la voluntad de injuriar al sujeto al que va dirigida la expresión. Mientras en algunos otros Estados solamente constituyen faltas que dan lugar a la responsabilidad civil.

Por lo que respecta a nuestro país, las injurias, la difamación y la calumnia, a partir de 2007 dejaron de ser delitos penales y se convirtieron en actos que solamente producen responsabilidad civil. Se derogaron los artículos que van del 350 hasta el 363 del Código Penal Federal, mientras se adicionaron los párrafos sexto con cuatro fracciones, séptimo y octavo del artículo 1916 y el párrafo tercero del artículo 1916 bis del Código Civil Federal, éstas reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de Abril de 2007.

Las adiciones al artículo 1916 del Código Civil Federal son las siguientes (párrafos 6º, 7º y 8º):

Artículo 1916.- ...

...

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

- I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;***

⁴⁵⁸ Bartolomé Cenzano, José Carlos, *Derechos y Libertades Públicas*, Op. Cit. n(59), p. 136.

- II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;**
- III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y**
- IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.**

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

Evidentemente, lo que quiso el Legislador mexicano es eliminar la penalización de ciertos actos como las injurias, la difamación y la calumnia que de alguna forma están relacionados con la libertad de expresión, pero no los eximió de toda responsabilidad, pues al convertirlos en actos ilícitos que generan responsabilidad civil, el afectado tiene la opción de exigir una reparación de daños causados en su persona a través de los tribunales civiles.

Ahora, respecto a la adición al artículo 1916 bis del Código Civil Federal es la siguiente (párrafo 3º):

Artículo 1916 bis.- ...

...

En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo.

Ciertamente, en la vida cotidiana puede haber diversas formas de criticar, algunas no fomentarán al desarrollo profesional a quienes van dirigidas esas expresiones y otras sí ayudarán a formar mejores escritores, artistas, científicos, etc. Entonces, se trata de unos juicios subjetivos, los cuales dependerán siempre de los sentimientos o ideología religiosa, política o filosófica de quien haga esas críticas. Finalmente, es una de las diversas manifestaciones de la libertad de expresión, por lo cual es positivo la adición al artículo 1916 bis del Código Civil Federal, al considerar “**no ofensivas al honor**” las críticas literarias, artísticas, históricas o profesionales. Sin embargo, ya hemos reiterados varias veces que las expresiones extremistas que solamente fomentan el odio, el racismo o simplemente tratan de dañar la Dignidad humana **no pueden** estar protegidas Constitucionalmente.

Por lo que se refiere su regulación en el Distrito Federal, se derogaron los artículos 212, 214, 215, 216, 217, 218 y 219 del “**Código Penal para el Distrito Federal**”, así como el último párrafo del artículo 1916 y el artículo 1916 bis del “**Código Civil para el Distrito Federal**”, con motivo de la

Publicación de la **“Ley de Responsabilidad Civil Para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal”**, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 19 de Mayo de 2006 —respecto a esta Ley ya hemos analizado sus principales artículos en los temas 4.2.1, 4.2.1.2, 4.2.1.3, 4. 2.1.4 y en 4.2.1.5 del presente trabajo, remitiendo al lector a dichos puntos a fin de evitar redundancias—.

4. 2. 3. 1: Límites al legislador

El hecho de que el legislador pueda fijar límites a la libertad de expresión en ningún modo significa el restablecimiento de la censura previa, de ser así, dejaría de existir un auténtico Estado democrático de Derecho.

Establecer límites a los derechos de los gobernados es una tarea fundamentalmente legislativa, aunque también lo puede hacer el poder judicial en casos concretos⁴⁵⁹. Sin embargo, es conveniente que se establezcan de manera clara y precisa, **teniendo como límite fundamental** los valores superiores del ordenamiento constitucional, siempre con el fin de una mejor convivencia social. Como es lógico, el «ejercicio, no siempre legítimo, de las libertades»⁴⁶⁰ requiere de una regulación sin lagunas que no propicie la existencia de incertidumbre jurídica. Los valores superiores a que nos referimos son los valores que constituyen la moralidad del Poder y del Derecho, a saber: **libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica**⁴⁶¹ —cada uno de ellos lo analizaremos en el tema 5. 2. 1 del presente trabajo—. Los valores en cuestión resultan totalmente

⁴⁵⁹ Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 22.

⁴⁶⁰ Llamazares Calzadilla, M. Cruz, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Op. Cit. n(416), p. 264.

⁴⁶¹ Cfr., Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 60.

imprescindible en todas las relaciones humanas, no se trata de principios surgidos de la nada, sino del hombre mismo.

Entonces, los límites al mismo legislador al momento de establecer normas tendentes al ejercicio de la libertad de expresión, han de fundarse en el valor de la Dignidad humana de los ciudadanos y sus libertades, de tal manera, que los límites que se desean establecer solamente tengan como objetivos fundamentales mejor ejercicio de los derechos y la protección de los otros bienes jurídicos fundamentales.

4. 2. 3. 2: Justificación de los tipos penales

Pueden tipificarse delitos con la finalidad de resguardar la libertad de expresión si se atenta contra la vida, se incita al odio por motivo de raza o de religión, se hacen propagandas a favor de la guerra, se realizan películas pornográficas con menores de edad, etc. Siempre que el autor de esas expresiones extremistas a que nos referimos, haya realizado de manera conciente y con el ánimo de realizar acciones contrarias a la paz social o por haber vulnerado la protección a la sana infancia y la juventud.

4. 2. 4: La moral como límite a la libertad de expresión

En realidad no existe un concepto unánime de moral, por lo que hay duda de cuál es la moral que ha de tomarse en cuenta, a saber: moral privada, moral pública y de los grupos minoritarios. Además, la importancia que hay que atribuirle a las convicciones y exigencias morales de cada momento, precisamente, debido al constante cambio que enfrenta la sociedad civil⁴⁶².

⁴⁶² Cfr., Castro Cid, Benito de, "Posibilidades y límites del ejercicio", en Castro Cid, Benito de y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 354.

Acerca del calificativo “**moral**”, resulta interesante la reflexión del filósofo don Manuel García Morente, al señalar que: «los calificativos morales no pueden predicarse de las cosas, que son indiferentes al bien y al mal; sólo pueden predicarse del hombre, de la persona humana»⁴⁶³. En última instancia, sea moral pública o privada procede de la conciencia humana.

En un concepto general de la moral, ésta se podría definir como la «representación por el conjunto de criterios y normas morales que una determinada sociedad reconoce como legítimas y vinculantes, es decir, la moralidad global de la colectividad, la moral social o cívica»⁴⁶⁴. En todo caso, la moral que a nosotros nos interesa es la moral pública y objetivamente laica. A continuación, analizaremos tanto la moral pública como la moral privada.

4.2.4.1: Moral pública y moral privada

La **moral privada** sería aquella que está representada por la conciencia de cada ciudadano o grupo de ciudadanos⁴⁶⁵, generalmente se relaciona con la conciencia religiosa.

En cambio, la **moral pública** se explica como una expresión de la conciencia colectiva y exclusivamente laica, aunque de todos modos carece de validez Universal estricta⁴⁶⁶. La moral pública a que nos referimos, el Tribunal Constitucional Español la ha definido como un «**mínimum ético acogido por el Derecho**»⁴⁶⁷, y siendo éste otros de los conceptos jurídicos indeterminados «permite un

⁴⁶³ **García Morente, Manuel**, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Ed. Tomo, México, 2000, p. 362.

⁴⁶⁴ **Castro Cid, Benito de**, “Posibilidades y límites del ejercicio”, en **Castro Cid, Benito de y otros**, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(21), p. 354 y 355.

⁴⁶⁵ **Cfr., Llamazares Calzadilla, M. Cruz**, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Op. Cit. n(416), p. 310.

⁴⁶⁶ **Cfr., Ídem**.

⁴⁶⁷ Véase en: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0062 —Se trata de la Sentencia 62/1982 del Tribunal Constitucional Español.

margen de apreciación»⁴⁶⁸ a los jueces y a los intérpretes del Derecho a casos concretos.

En todo caso, la libertad de expresión tiene como límite a la moral cuando se ataca la «Dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad»⁴⁶⁹, especialmente debe ser relevante en protección de los menores de edad. En ese sentido, la “moral pública” constituye una protección a la conciencia colectiva frente a la libertad de expresión, pero siempre en proporción a los bienes jurídicos perjudicados.

La moral pública en cuestión es aquella surgida a través de la **ética pública** —concepto que ya hemos mencionado citando al profesor Peces-Barba en el tema 1.4.4 del presente trabajo—⁴⁷⁰, porque es la única que *no señala* criterios de salvación sino que atañe al desarrollo integral de cada persona. En cambio, la **ética privada** —concepto igualmente tratado con anterioridad—⁴⁷¹ siempre señalará criterios como la salvación del alma, la lucha por la virtud o la búsqueda del mayor grado de felicidad, etc. Evidentemente, el Estado laico y democrático tiene la obligación de adoptar la ética pública por ser la más viable en una sociedad liberal y democrática.

4. 2. 4. 2: Derechos de los menores

Cuando la libertad de expresión vulnera el sano desarrollo de los menores, dicho derecho debe retroceder ante la exigencia tanto individual como colectiva de los menores de edad hacia un mejor desarrollo psicológico. Esta protección no sólo trata de «asegurar la correcta formación de la personalidad del menor,

⁴⁶⁸ **Ídem.**

⁴⁶⁹ **Llamazares Calzadilla, M. Cruz**, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Op. Cit. n(416), p. 311.

⁴⁷⁰ **Vid. Supra.** n(222).

⁴⁷¹ **Vid. Supra.** n(225).

sino permitir que su conciencia»⁴⁷² se forme adecuadamente en relación a su edad. Debido a que la formación de los menores de edad requiere de una extrema diligencia, nos parece inevitable que la libertad de expresión tenga que ceder por el bien de los menores, máximo si se desean mejores ciudadanos para el futuro inmediato de su país.

4.2.4.3: El pudor y otros actos lúbricos

Generalmente, los mensajes de contenido sexual han tenido como límites ya sea a la moral pública o a la moral privada. Ahora, el problema radica en cuándo el contenido de la expresión de contenido sexual puede entrar en conflicto con la moral pública imperante⁴⁷³.

Desde luego, son los convencionalismos de cada época las que le atribuyen carácter obsceno a determinadas expresiones⁴⁷⁴. A los efectos conceptuales que nos interesan, se puede señalar obsceno a todo «aquello que resulta ofensivo al pudor, y que la pornografía no es sino la descripción o representación gráfica de lo obsceno»⁴⁷⁵. Pero al parecer, la obscenidad es un concepto relativo, por ejemplo, en caso de controversia judicial sobre una publicación, los jueces o el tribunal deben de «extremar su prudencia considerando los valores morales del público al cual va dirigida la publicación»⁴⁷⁶ y precisar la mejor manera de su distribución, en donde no se perjudique el desarrollo psicológico de los menores y tampoco a sus lectores. Por ejemplo, en la Ciudad de México, los puestos de periódicos que se encuentran en calles y avenidas, exhiben sin restricción las

⁴⁷² Llamazares Calzadilla, M. Cruz, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Op. Cit. n(416), p. 257.

⁴⁷³ Cfr., Faúndez Ledesma, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Op. Cit. n(342), p. 610.

⁴⁷⁴ Cfr., *Ibídem*, p. 612.

⁴⁷⁵ *Ídem*.

⁴⁷⁶ Badeni, Gregorio, *Tratado de Libertad de Prensa*, Op. Cit. n(333), p. 478.

portadas de las revistas dirigidas a los adultos o comercialmente conocidas como "Revistas XXX"; en aras a la protección de la infancia, sería mejor que esas publicaciones tuvieran realmente una portada no explícita o simplemente sean colocadas lejos del alcance de los menores de edad. Nuestra sugerencia, de ninguna manera constituye censura previa, simplemente se trata de proteger el sano desarrollo de los menores de edad y los consumidores de dichas revistas sabrán reconocerlas aunque no se le coloquen directamente a la vista.

A mi parecer, la obscenidad y la pornografía, son las expresiones extremas de la libertad de expresión que hay que tratar con cuidado. Una película pornográfica realizada lícitamente no puede de ninguna manera ser prohibida en su comercialización, pues si los actores que han intervenido son mayores de edad, concientes de sus actos y no han sido obligados para realizar dicha obra, no violenta de ninguna manera la moral pública. Evidentemente, dicha cinta puede ser exhibida en locales cerrados, con acceso exclusivo a personas mayores de edad; ahora, si se exhibiera en las plazas públicas o lugares abiertos a todas las edades serían actos en contra del pudor y ofensiva a la moral pública.

Igualmente, la Internet cuenta con miles de direcciones donde se concentran películas pornográficas e imágenes con escenas sexuales explícitas, en donde muchas veces los menores de edad tienen acceso ilimitado a ella. La cuestión, no es la prohibición de la Internet sino lo que importa aquí es la supervisión de los padres de familia, que debieran explicar a sus hijos las consecuencias de carácter psicológico que pudieran enfrentar por acceder a dichas páginas electrónicas.

4.2.4.4: Ley de delitos de imprenta de 1917

Antes de entrar en detalles respecto a la Ley de Imprenta, analicemos primero a los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal vigente, artículos fundamentales para la libertad de expresión en México. Dichos dispositivos establecen que:

ARTICULO 6: La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

...

La libertad de expresión a que se refiere este artículo, es la expresada en forma oral o directa: ya sea ante un grupo de personas o en foros públicos, o en su caso es la expresada mediante la Radio, la Televisión o por otros medios similares que puedan transmitir el mensaje en forma oral.

Los límites que establece éste artículo para la libertad de expresión, son los siguientes:

1. Por ataque a la moral.
2. Por atacar los derechos de terceros.
3. Por provocar algún delito.
4. Y por perturbar el orden público.

Evidentemente, en caso de **ataque a la moral** nuestra Ley Fundamental no establece ningún calificativo, si es la moral pública o la privada, o simplemente se refiere en forma unitaria. Indudablemente, tanto en la misma Constitución, las leyes ordinarias y la jurisprudencia no existe una clara definición a qué tipo de moral nos referimos.

En todo caso, sugerimos que se diga “**ataque a la moral pública**”. Precisamente por su característica laica y como un mínimo ético que deben recoger los ordenamientos jurídicos.

En cuanto a **atacar derechos de terceros**, generalmente se sitúan supuestos en los que el ejercicio de la libertad de expresión es extremista, ya sea atacando la intimidad, la vida privada, la Dignidad, el honor, la imagen, los derechos de los menores de edad, etc. En este caso, la libertad de expresión debe retroceder por vulnerar otros derechos fundamentales, aunque no precisamente la Constitución mexicana los enuncia todos, pero se debe proteger siempre la Dignidad humana.

Por **provocar algún delito** con el motivo del ejercicio a la libertad de expresión, pueden dar lugar a responsabilidades penales, civiles o administrativas.

Finalmente, otro limitante que establece nuestra constitución es el **orden público**, ya hemos dichos que este término pertenece a uno de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, pero en todo caso, se refiere a la totalidad de la legalidad y al buen funcionamiento de las instituciones públicas establecidas democráticamente. Al menos, es deber del legislador precisarlo en la legislación ordinaria y en qué caso se ataca al orden público, porque si criticar la ineficiencia gubernamental fuera considerada como ataque al orden público, entonces, sería totalmente contradictorio al Estado democrático del Derecho.

El **derecho de réplica** mencionado por el precepto en cuestión, lo analizaremos en el tema 5.1.7 del presente trabajo, a fin de evitar redundancias.

El siguiente artículo, consagra la libertad de imprenta, por lo tanto, se garantiza la libertad de expresión ejercida mediante los medios impresos.

ARTICULO 7: Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad pueden establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

...

Los límites que nos señala, más o menos son los mismos respecto al artículo anterior, salvo que se trata de la libertad de expresión ejercida en los medios impresos, ya sea en periódicos, revistas, folletos, incluimos la Internet y toda obra escrita⁴⁷⁷.

A continuación, tenemos algunas de las últimas **jurisprudencias** que ha establecido la **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, respecto a los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal.

«LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º y 7º DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO. Los derechos fundamentales previstos en los preceptos constitucionales citados garantizan que: a) La manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público; b) El derecho a la información sea salvaguardado por el Estado; c) No se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia; d) Ninguna ley ni autoridad establezcan censura, ni exijan fianza a los autores o

⁴⁷⁷ Cfr, Sánchez Bringas, Enríquez, *Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 619.

impresores, ni coarten la libertad de imprenta; e) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ese sentido, estos derechos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación y acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa⁴⁷⁸.

Lamentablemente, la Jurisprudencia en cuestión no precisa nada nuevo, pues ya sabemos que los derechos consagrados en esos artículos son fundamentales y necesarios para el Estado democrático de Derecho, nuestra crítica es fundada, porque nuestro máximo Tribunal ni siquiera hace un esfuerzo por definir el tipo de moral a que se refiere la Constitución, ya que el legislador tampoco se ha preocupado por definirla.

La siguiente Jurisprudencia, es en relación a los límites de la libertad de expresión ejercida en forma escritas o impresas.

«LIBERTAD DE EXPRESION. SUS LÍMITES. El primer párrafo del artículo 7º. de la Constitución Federal establece que “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta”; esto es, la prohibición de la censura previa implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo. Sin embargo, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no

⁴⁷⁸ **Jurisprudencia**, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Localizable en (CD-ROM) IUS, con Número de Registro: 172 477, Materia: Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, Página: 1522. (Acción de Inconstitucionalidad 45/2006, Partidos Acción Nacional y Convergencia, 7 de Diciembre de 2006).

esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades -civiles, penales, administrativas- posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7º. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión al establecer que ésta” ... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito”. Por su parte, el artículo 6º. constitucional destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”, a excepción de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de terceros, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal»⁴⁷⁹.

Con esta Jurisprudencia se refuerza la idea de que los límites a la libertad de expresión no implican “censura previa” y el legislador está legitimado para establecer ciertos límites para la protección de otros derechos fundamentales. Evidentemente, **nuestra propuesta fundamental** es que los limitantes a la libertad de expresión **sean únicamente** establecidos en la Constitución y no mediante normas ordinarias para no relativizar a los derechos fundamentales.

⁴⁷⁹ **Jurisprudencia**, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Localizable en (CD-ROM) **IUS**, con Número de Registro: **172 476**, Materia: Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, Página: 1523. (Acción de Inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006, Partidos Acción Nacional y Convergencia, 7 de Diciembre de 2006).

Después de esta breve explicación acerca de los artículos constitucionales que nos interesan para el presente trabajo, analicemos ahora la Ley de Imprenta de 1917.

La llamada “**Ley Sobre Delitos de Imprenta**” es considerada como una *Ley preconstitucional*, debido a que fue el día 9 de Abril de 1917 en que se expidió por el Presidente Venustiano Carranza —como Ley Reglamentaria de los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal—. Ante tal situación, algunos juristas dudan de su verdadera vigencia, por ejemplo don Ignacio Burgoa, estimaba que «jurídicamente hablando no debe tener vigencia»⁴⁸⁰. Sin embargo, todo ordenamiento jurídico con vigencia anterior a la de 1917, mientras no sean expresamente derogadas son normas perfectamente positivas y válidas para ser cumplidas⁴⁸¹, siempre que estén de conformidad con la Constitución vigente.

Respecto a la **vigencia** de esta Ley, encontramos una tesis aislada de 1933, formulada por la Primera Sala de la Suprema de Justicia de la Nación, que se pronunció de la siguiente manera:

«LEY DE IMPRENTA. La Ley de Imprenta, expedida por el primer jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de abril de 1917, no puede estimarse como una ley de carácter netamente constitucional, sino más bien, reglamentaria de los artículos 6º y 7º de la Constitución, puesto que ésta ya se había expedido cuando se promulgó la ley, la cual hubiera carecido de objeto, si sólo se hubiera dado para que estuviera en vigor por el perentorio término de 17 días; y tan es así, que al promulgarse dicha ley, se dijo que estaría en vigor “entre tanto el Congreso de la Unión (que debía instalarse el primero de mayo siguiente) reglamentara los artículos sexto y séptimo de la

⁴⁸⁰ Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Op. Cit. n(452), p. 365.

⁴⁸¹ Cfr., Ochoa Olvera, Salvador, *Derecho de Prensa (Libertad de Expresión, Libertad de Imprenta, Libertad a la Información)*, Ed. Montealto, Atizapán de Zaragoza, 1998, p. 80 y s.

Constitución General de la República” y como no se ha derogado ni reformado dicha Ley de Imprenta, ni se ha expedido otra, es indudable que debe estimarse en todo su vigor»⁴⁸².

Entonces, la Ley Sobre Delitos de Imprenta de 1917 es plenamente vigente y resulta totalmente legal evocarla en caso de controversia, porque los legisladores no se han preocupado por una nueva Ley de Imprenta que tome en cuenta todos los aspectos relacionados con la Era de la información.

4. 2. 4. 4. 1: Análisis

La Ley Sobre Delitos de Imprenta de 1917, es un ordenamiento que tiene una clara y marcada orientación punitiva, típicamente señala delitos penales especiales, de prensa o de imprenta, y delitos cometidos por medio de la prensa o de la imprenta —con motivo de los trabajos realizados mediante ese instrumento industrial—⁴⁸³.

En la época en que se expidió la Ley de Imprenta, todavía no era concebible una reparación de daños y perjuicios por ilícitos de prensa, situaciones que en la actualidad son muy importantes para resolver controversias sobre libertad de expresión, de prensa e información. Ello, independientemente de que tiene un carácter primordialmente civil y administrativo, es decir, que no necesariamente constituyen delitos penales⁴⁸⁴, salvo para algunos casos.

⁴⁸² **Tesis Aislada**, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Localizable en (CD-ROM) **IUS**, con Número de Registro: **313 257**, Materia: Administrativa, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación XXXIX, Página: 1525. (Por la resolución del Amparo penal directo 3723/21. Janet de la Sota J. Jesús, 25 de Octubre de 1933).

⁴⁸³ **Cfr., Ochoa Olvera, Salvador**, *Derecho de Prensa*, Op. Cit. n(481), p. 82.

⁴⁸⁴ **Cfr., Ibídem**, p. 82 y s.

Siendo ésta una norma vigente hoy en día, y, por carecer de reformas y actualizaciones, deja fuera por ejemplo la Internet —quizás el medio masivo de difusión más importante en la actualidad—.

En caso de controversia, la competencia a seguir se establece en su numeral 36, estableciendo lo siguiente:

Artículo 36. Esta ley será obligatoria en el Distrito Federal y Territorios, en lo que concierne a los delitos del orden común previstos en ella, y en toda la República por lo que toca a los delitos de la competencia de los Tribunales Federales.

Evidentemente, es menester seguir lo que disponga la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, para saber en qué caso se corresponde a la jurisdicción local y en qué caso a la jurisdicción federal.

4. 2. 4. 4. 2: Definiciones importantes

Algunas de las definiciones principales que establece la Ley de Imprenta de 1917, son las que a continuación señalamos.

Casos en que se ataca a la vida privada, lo enuncian la fracción I del artículo 1º de dicha Ley, en el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1. 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 manuscrito, 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 mensajes, o de cualquier otro

modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses;

...

Mientras el ataque a la moral, lo enuncia la fracción I del artículo 2º de esta Ley, estableciendo lo siguiente:

ARTÍCULO 2. 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 ellos o de sus autores;

...

Ahora, en la fracción I del artículo 3º, establece que existe ataque al orden público o la paz social en los siguientes actos:

ARTÍCULO 3. Constituyen 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, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman;

...

En el artículo 4º de esta Ley, la expresión maliciosa lo define de la siguiente manera:

ARTÍCULO 4. En los casos de los tres artículos que proceden, se considera maliciosa una manifestación o expresión cuando por los términos en que está concebida sea ofensiva, o cuando implique necesariamente la intención de ofender.

Para que una expresión no sea considerada maliciosa debe de haber sido sobre hechos verídicos o por motivos fundados, las excepciones lo establece el artículo 5º de esta Ley:

ARTÍCULO 5. No se considera maliciosa una manifestación o expresión aunque sean ofensivos sus términos por su propia significación, en los casos de excepción que la ley establezca expresamente, y, además, cuando el acusado pruebe que los hechos imputados al quejoso son ciertos, o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos.

En el artículo 6º de esta Ley de Imprenta, no considera delictuosa algunas críticas dirigidas a funcionarios públicos, en lo cual establece que:

ARTÍCULO 6. En ningún caso podrá considerarse delictuosa la crítica para un funcionario o empleado público si son ciertos los hechos en que se apoya, y si las apreciaciones que con motivo de ella se hacen son racionales y están motivadas por aquéllos, siempre que no se viertan frases o palabras injuriosas.

Las manifestaciones se consideran hechas públicamente, en los siguientes casos establecidos:

ARTÍCULO 7. En los casos de los artículos 1º, 2º, 3º de esta Ley, las manifestaciones o expresiones se considerarán hechas públicamente cuando se hagan o ejecuten en las calles, plazas, paseos, teatros u otros lugares de reuniones públicas, o en lugares privados pero de manera que puedan ser observadas, vistas u oídas por el público.

Por último, en el artículo 8º de esta Ley, establece que hay anarquía en los siguientes casos:

ARTÍCULO 8. Se entiende que hay excitación a la anarquía cuando se aconseje o se incite al robo, al asesinato, a la destrucción de los

inmuebles por el uso de explosivos o se haga la apología de estos delitos o de sus autores, como de lograr la destrucción o la reforma del orden social existente.

4. 2. 4. 4. 3: Peligro de sus límites

Se considera que son peligrosos los límites establecidos en esta Ley para la libertad de imprenta, ya que simplemente por publicar ciertos temas por ejemplo los relacionados a ciertos vicios o faltas, actos que ni siquiera se han cometidos todavía. Otro peligro para la libertad de imprenta, es que forzosamente debe contener el nombre de la imprenta, con la designación exacta de su domicilio, la fecha de su impresión y el nombre de su autor o en su caso el nombre del impresor, de lo contrario, la publicación hecha es considerada como **impreso clandestino** para el artículo 15 de la Ley Sobre Delitos de Imprenta. En ese sentido, como si todas las impresiones que se realizan fueran facturas o comprobantes fiscales, en donde todos los datos del impresor son totalmente indispensables.

A continuación, consideramos necesarios tomar en cuenta algunas de las siguientes **tesis** que se refieren a algunos de los límites a la libertad de expresión establecidos en la Ley de Imprenta de 1917.

«LEY DE IMPRENTA. Es obligación estricta, tanto para los particulares como para las autoridades guardar respeto a la manifestación del pensamiento, y no coartar la circulación de los impresos en que aquél se consigne, mientras no se traspasen los límites establecidos por la Ley Fundamental»⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ **Tesis Aislada**, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Localizable en (CD-ROM) IUS, con número de registro **292 250**, Materia: Constitucional, Quinta Época, Instancia. Pleno, Fuente: Seminario Judicial de la Federación I, Página: 473. (Por la resolución del Amparo penal en revisión del auto de suspensión. Cisneros Peña Arturo, 18 de Octubre de 1917).

«LEY DE IMPRENTA. En caso de que estuviera alguna disposición opuesta a la Ley Suprema, esa disposición carecería de todo valor»⁴⁸⁶.

Mediante estas tesis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, simplemente ha determinado que no puede haber más límites a la libertad de expresión sino aquellos establecidos por la propia Constitución Federal.

«VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1º. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACION FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7º. DE LA CONSTITUCION FEDERAL. Conforme al artículo 7º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la libertad de imprenta halla sus límites en el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Ahora bien, el derecho fundamental a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; así, este derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Existe una serie de derechos destinados a la protección de la vida privada, entre ellos el del honor, que es un objetivo que permite que alguien sea merecedor de estimación y confianza en el medio social donde se desenvuelve y, por ello, cuando se vulnera dicho bien, también se afectan la consideración y estima que los demás le profesan, tanto en el ámbito social como en el privado. En esa tesitura, se concluye que cuando se lesiona el honor de alguien con una manifestación o expresión maliciosa, se afecta su vida privada, por lo que el artículo 1º. de la Ley sobre Delitos de Imprenta, al proteger el honor y la reputación de una persona frente a la libertad de expresión de otra, no excede el límite

⁴⁸⁶ **Tesis Aislada**, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Localizable en (CD-ROM) IUS, con número de registro 291 159, Materia: Administrativa, Quinta Época, Instancia. Pleno, Fuente: Seminario Judicial de la Federación II, Página: 396. (Por la resolución del Amparo penal en revisión, Cisneros Peña Arturo, 8 de Febrero de 1918).

del respeto a la vida privada establecido en el citado artículo 7º., pues tanto el honor como la reputación forman parte de ella»⁴⁸⁷.

Como hemos vistos, el concepto de “*moral*” no lo define nuestra propia Constitución ni las legislaciones secundarias y tampoco tenemos criterios jurisprudenciales al respecto, aunque si define lo se debe entender por **patrimonio moral** en la fracción VI del artículo 7 de la “*Ley de Responsabilidad Civil Para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal*”, establece que:

Artículo 7.

Para los efectos de esta ley se entiende por:

VI. Patrimonio moral: Es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho. Se conforma por los derechos de personalidad.

Sin embargo, conforme a las lecturas realizadas, tampoco soluciona nuestro problema, el concepto en cuestión no es la definición propia de la moral, sino más bien la definición se encuentra en relación a los llamados derechos de personalidad —o derechos personalísimos—.

⁴⁸⁷ **Tesis Aislada**, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Localizable en (CD-ROM) **IUS**, con Número de Registro: **171 882**, Materias: Constitucional, penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, Página: 272. (Amparo directo en revisión 402/2007, 23 de mayo de 2007).

CAPITULO V

**ASPECTOS A CONSIDERAR AL MOMENTO DE ESTABLECER
LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ESTADO
DEMOCRÁTICO**

5. 1: JUSTIFICACIÓN NECESARIA PARA LIMITAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para que la libertad de expresión no sea limitada de manera arbitraria, es necesario que sus límites sean establecidos de manera clara y precisa desde la Ley Fundamental o Constitución.

Pues indudablemente, en el «centro del ordenamiento constitucional están el valor y Dignidad de la persona»⁴⁸⁸. Aspectos que debe tomar en cuenta el legislador al momento de limitar la libertad de expresión.

5. 1. 1: Necesidad de limitar la libertad de expresión desde la Constitución

Sabemos que la Constitución no es sólo un conjunto de principios teóricos, sino también constituye un compromiso ciudadano. Gracias a esta norma Suprema, se han garantizado mejor los derechos fundamentales y también funciona como un verdadero límite al poder público⁴⁸⁹.

Consideramos necesario que los límites a la libertad de expresión sean fijados desde la misma Constitución, debido al riesgo de ser relativizados por

⁴⁸⁸ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 38. —Se trata de la Sentencia 65, 1, del Tribunal Constitucional Alemán, de 15 de Diciembre de 1983.

⁴⁸⁹ **Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 102.

las normas ordinarias, por los jueces o por los operadores jurídicos. Ciertamente, no todas las interpretaciones jurídicas son exactas, pero tampoco por eso debe permitirse alterar la verdadera naturaleza de cada uno de los derechos fundamentales. Por eso, sugerimos que los límites a la libertad de expresión sean establecidas desde la Ley Fundamental, en consideración siempre a la protección de los otros derechos fundamentales.

Entre los límites más comunes a los derechos fundamentales, al menos consideramos los siguientes⁴⁹⁰:

- I. **Los llamados límites directos o explícitos:** Aquí los límites se incluyen en el mismo precepto en que se encuentre reconocido y garantizado el derecho en cuestión.
- II. **Los llamados límites implícitos o restricciones constitucionales implícitas:** En este caso, ninguno de los derechos son entendidos aisladamente, aunque cada uno de ellos tenga una formulación peculiar. Entonces, se puede concluir que todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución han de considerarse en el contexto de la misma en su conjunto, razón por la que deben ser analizados en relación con el resto de su articulado.

En el primer caso, los límites correspondientes existen para cada derecho, mientras en el segundo aspecto los límites existen en forma unitaria, es decir, operan para varios o para todos los derechos fundamentales.

Por ejemplo, el derecho a que nosotros nos referimos pertenece a los denominados derechos de libertad, por lo tanto, sus límites no serían aplicables a los derechos de igualdad por su distinta naturaleza. En ese sentido, los límites que nos interesan son los llamados límites directos.

⁴⁹⁰ Cfr., Rodríguez-Toubes M., Joaquín, *Principios, Fines y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(290), p.159 y s.

5. 1. 2: Finalidad de los límites que debe establecer el constituyente

La finalidad de los límites que debe establecer el constituyente para la libertad de expresión han de entenderse siempre para una mejor convivencia social; para que se lleve a cabo ésta ordenadamente siendo capaz de responder a intereses tan distintos de los ciudadanos y para la mejor realización de sus derechos.

Probablemente en el estado de naturaleza los derechos sean absolutos o más aún ni siquiera existan, si se considera que los derechos solamente surgen por la convivencia social. Entonces, la «necesidad de limitarlos sólo surge cuando el individuo entra en relación con los demás»⁴⁹¹. Indudablemente, no se puede vivir en forma aislada, es la «convivencia social la que exige poner coto en unos derechos»⁴⁹². A través de esta reflexión, la finalidad de los límites a la libertad de expresión consiste en una mejor convivencia de la sociedad civil y **nunca** en el renacimiento del Estado Absoluto.

5. 1. 3: La libertad de expresión debe ser Universal más no absoluta

En esencia, la libertad de expresión se puede considerar «como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad»⁴⁹³. Evidentemente, esa libertad es un derecho universal en «aras de la realización de los bienes humanos básicos»⁴⁹⁴. No obstante, en el ejercicio de éste, al entrar en conflicto con otros derechos igualmente fundamentales ya no es absoluta, sino que posee unos límites, asunto que ya hemos reiteramos varias veces en el presente trabajo.

⁴⁹¹ **Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 19.

⁴⁹² **Ídem**.

⁴⁹³ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 135. —Se trata de la Sentencia 7, 198, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 15 de Enero de 1958.

⁴⁹⁴ **Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 85.

Evidentemente, la libertad de expresión ejercida mediante la prensa generalmente busca la mejor actuación gubernamental, pero si por ejemplo **se llegara a facilitar al “enemigo”** «datos sobre la ubicación de una unidad militar en tiempo de guerra, no contribuye al bien, sino a destruir otros bienes»⁴⁹⁵. Aunque nuestro ejemplo sea extremo, es algo que puede ocurrir en la vida cotidiana.

En conclusión, el «ejercicio de la libertad de expresión, en su faz individual, no es una libertad absoluta»⁴⁹⁶, requiere respetar otros bienes jurídicos de igual importancia.

5. 1. 4: Protección constitucional contra los efectos negativos que provoca la libertad de expresión en la sociedad

Ciertamente, cualquier ciudadano al emitir opiniones no sólo tiene garantizada su libertad de expresión sino también le está permitido elegir cualquier medio de comunicación masiva que le promete «una mayor difusión o el mayor efecto a la manifestación de su opinión»⁴⁹⁷.

La protección constitucional a otros derechos fundamentales, es en el sentido de que no sea relegado ningún derecho fundamental simplemente por darle mayor relevancia a la libertad de expresión. Sino que, también, se merecen ser protegidos desde la Constitución por consagrar bienes humanos: por el respeto a la intimidad, por la vida privada, por la Dignidad, por el honor, por la propia imagen, por la protección de los derechos de los menores de edad, por la moral pública, por el orden público y por la paz social —conceptos que explicamos ya en el Capítulo IV del presente trabajo—.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁹⁶ **Badeni, Gregorio**, *Tratado de Libertad de Prensa*, Op. Cit. n(333), p. 477.

⁴⁹⁷ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 149. —Se trata de la Sentencia 93, 266, 1, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 10 de Octubre de 1995.

Definitivamente, la libertad de expresión será siempre garantizada si no se ataca ninguno de los otros bienes humanos que hemos mencionados u otros de igual importancia.

5. 1. 5: Límites específicos para la publicación de datos obtenidos en archivos y registros públicos

En el caso de los datos personales que son recogidos por algunos organismos gubernamentales o la información existente en los llamados registros públicos, resulta necesario que el legislador señale unos límites específicos para su publicación.

El llamado derecho a la protección de datos surge como defensa frente al avance de la informática, puesto que puede estar amenazada la privacidad personal de los individuos⁴⁹⁸. Aunque también cierta información de datos que ya está despersonalizada si puede ser publicada sin restricción alguna, por ejemplo los resultados obtenidos por los llamados censos de población o los censos de actividades económicas.

Pero en general, los datos personales deben de estar garantizados en forma absoluta por las leyes, de lo contrario sólo imperaría incertidumbre jurídica para los ciudadanos. Entonces, conforme a los límites específicos que ha de señalar el legislador, de alguna forma el ciudadano está obligado a la comunicación⁴⁹⁹, porque al final de cuentas, sus datos serían algo representativo para la realidad social que a las instituciones gubernamentales les interesa conocerlas y estudiarlas.

Evidentemente, la obligación de los ciudadanos de «entregar datos personales presupone que el legislador haya determinado en forma precisa y

⁴⁹⁸ Cfr., Ekmekdjian, Miguel Ángel y Calogero Pizzolo, *Hábeas Data*, Op. Cit. n(435), p. 21 y s.

⁴⁹⁹ Cfr., Schwabe, Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 39 y s. —Se trata de la Sentencia 65, 1, del Tribunal Constitucional Alemán, de 15 de Diciembre de 1983.

específica su finalidad»⁵⁰⁰, ya sea para conocer la realidad económica del país o el número de sus habitantes.

5. 1. 6: Formas y aspectos a considerar al momento de limitar la libre expresión en las vías públicas frente al interés general

El derecho de libre tránsito en las vías públicas, de alguna forma se relaciona con la libertad de expresión, pero resulta controversial porque al ejercerse generalmente afectan a los derechos de terceros o a la libre circulación de otros.

En todas las sociedades democráticas, debe de encontrarse la mejor solución a este problema, pues «para hacer compatible este derecho con el orden público, se condiciona a la autorización del poder competente, que suele fijar normalmente una hora precisa, así como un recorrido determinado para su ejercicio»⁵⁰¹. Se trata de que unos días antes de la realización de la manifestación, sus organizadores den a conocer a la autoridad local el recorrido, el número aproximado de las personas que pretenden manifestarse, las vías o calles que han de afectarse y la hora en que se tiene planeado.

Indudablemente, cualquier manifestación violenta tampoco puede estar respaldada constitucionalmente.

5. 1. 7: Algunas reglas para establecer la responsabilidad y sanciones de quienes difunden datos falsos mediante cualquier medio de difusión masivo

Como hemos indicado en varias ocasiones, quienes utilicen en forma extremistas el ejercicio de la libertad de expresión pueden tener responsabilidad penal, civil o administrativa.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 40 y se trata de la misma Sentencia.

⁵⁰¹ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 198.

En la considerada “*Era de la comunicación*” en que vivimos, los medios de comunicación muchas veces llegan a determinar el comportamiento social y cultural de los ciudadanos⁵⁰², ya sea con efectos positivos o negativos.

Entonces, por las opiniones emitidas y por afectar derechos de terceros, al menos existen varias formas de resarcir el daño provocado, algunas de estas son:

- **Mediante el derecho de rectificación:** Es un derecho subjetivo de autotutela privada que se le concede a los ciudadanos para exigir la aclaración de la opinión o de la información emitida en algún medio de difusión cuando se afecta intereses legítimos por hechos falsos⁵⁰³.
- **Mediante el derecho de réplica:** El derecho de réplica es otra de las opciones que tienen los ciudadanos para contestar opiniones de terceros, en ese sentido para «garantizar el libre contraste de criterios, opiniones e ideas»⁵⁰⁴.
- **Por responsabilidad penal:** Solamente será necesario su aplicación si con el motivo de la libertad de expresión ejercida se afecta la protección de los menores de edad, por dañar intencionalmente a la Dignidad humana de otros o por causarle perjuicios económicos al Estado.
- **Por responsabilidad civil:** Esta responsabilidad surge con la finalidad de indemnizar el daño causado.
- **Por responsabilidad administrativa:** Puede dar lugar cuando al afectado nunca se le dio el derecho de rectificación o en su caso, el derecho de réplica.

Por lo que respecta el “derecho de réplica”, resulta conveniente comentar brevemente acerca de la nueva adición del artículo 6º Constitucional, publicada

⁵⁰² Cfr., Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo Informativo y Constitución*, Op. Cit. n(347), p. 417.

⁵⁰³ Cfr., Molinero, César, *Teoría y Fuentes del Derecho de Información*, Op. Cit. n(383), p. 203.

⁵⁰⁴ Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo Informativo y Constitución*, Op. Cit. n(347), p. 351.

en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de Noviembre de 2007, la adición en cuestión menciona que:

Artículo 6. ...; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley.

Esta adición al artículo 6º Constitucional, resulta conveniente en una sociedad democrática, pues nadie tiene el derecho ilimitado de expresar o emitir información de manera irresponsable, sin que se escuche la opinión o la aclaración de los afectados, pues cuando no se atiende a los afectados, a nuestro parecer, equivale a censura previa.

Así, el derecho de réplica de los sujetos que interviene en la temporada electoral, se encuentra regulado en el artículo 233.3 del nuevo COFIPE, al establecer que:

Artículo 233.

3. Los partidos políticos, los precandidatos y candidatos podrán ejercer el derecho de réplica que establece el primer párrafo del artículo 6º. de la Constitución respecto de la información que presenten los medios de comunicación, cuando consideren que la misma ha deformado hechos o situaciones referentes a sus actividades. Este derecho se ejercitará sin perjuicio de aquellos correspondientes a las responsabilidades o al daño moral que se ocasionen en términos de la ley que regule la materia de imprenta y de las disposiciones civiles y penales aplicables.

Esencialmente se trata de que, las empresas que representan a los medios masivos de comunicación eviten favorecer o desprestigiar a algunos candidatos o partidos políticos, a fin de contribuir a la equidad de los sujetos mencionados en la contienda electoral.

5. 2: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Mediante el ejercicio de la libertad de expresión, es indudable que se afecten otros derechos fundamentales, sin embargo, una libertad de expresión extremista no puede estar respaldada constitucionalmente, de allí que el legislador debe señalar en forma precisa sus límites.

La colisión de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales «plantea la necesidad de delimitar el ámbito propio de cada uno de ellos para poder alcanzar una interpretación armónica de los mismos»⁵⁰⁵ y tomando en cuenta todos los bienes jurídicos que protege.

5. 2. 1: Supremacía de los derechos fundamentales como valores superiores del Ordenamiento jurídico

La supremacía de los derechos fundamentales, hace que tengan un rango superior frente a otro tipo de normas establecidas en la misma Constitución, constituyen principios elementales para los ciudadanos en un Estado de Derecho. Por eso, cuando estos derechos entran en conflictos con otros principios constitucionales han de prevalecer los primeros⁵⁰⁶.

Justamente, por eso los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental o Constitución, se convierte en «defensa de los ciudadanos en contra del Estado»⁵⁰⁷, es decir, es una barrera en contra del gran poder político

⁵⁰⁵ **Labrada Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Op. Cit. n(5), p. 196.

⁵⁰⁶ **Cfr., Rodríguez-Toubes M., Joaquín**, *Principios, Fines y Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(290), p. 200.

⁵⁰⁷ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 134. —Se trata de la Sentencia 7, 198, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 15 de Enero de 1958.

que posee el Estado. **Los valores superiores** que en esencia constituye los derechos fundamentales, para Gregorio Peces-Barba son⁵⁰⁸:

- **La libertad:** Esa libertad constituye a la vez en libertad social, política y jurídica, que nos permite elegir plenamente nuestros planes de vida o de nuestra idea.
- **La igualdad:** Comprende varios elementos, en primer lugar, el que todos los individuos reciben los beneficios de la libertad social, política y jurídica en igualdad de condiciones; y en segundo lugar, debe de haber condiciones mínimas para poder elegir los planes o proyectos de vida que deseamos. Los poderes públicos deben garantizar algunos bienes elementales para la subsistencia de los grupos menos favorecidos económicamente de la sociedad.
- **La solidaridad:** Se refiere al proyecto común de la sociedad civil y del poder público, pues por perseguir objetivos del bienestar general no puede haber grandes diferencias.
- **La seguridad jurídica:** Propia del Estado de Derecho, consiste en la creación de un ámbito de paz, de orden y de certeza a los ciudadanos, obligando al poder público, en caso necesario, a intervenir en sus esferas jurídicas para observar la Ley preestabilizada.

Evidentemente, los derechos fundamentales como valores superiores en el ordenamiento jurídico, resultan indispensables para que todos los hombres puedan protegerse del poder, pues como afirma Gregorio Peces-Barba, «es la libertad de pensamiento, de conciencia, la libertad de expresión y de prensa, las garantías procesales, la inviolabilidad del domicilio y de correspondencia, etc.»⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Cfr., Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Op. Cit. n(10), p. 59 y ss.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 68.

5. 2. 2: Interpretación conjunta y armónica de las normas de derecho fundamental

Nuestros derechos fundamentales ya sea en forma aislada o en su conjunto, pertenecen al bien común⁵¹⁰, por lo que a la sociedad civil le interesa su estricto cumplimiento. Mientras estos derechos no se ejerzan, no se afecta el interés de nadie, pero al ser ejercidos estos derechos pueden surgir distintos conflictos, y terminar en controversias, en este caso, son los propios jueces o intérpretes del Derecho los que han de cuidar en «cada litigio el mejor ajustamiento posible de los bienes en juego»⁵¹¹. Por ejemplo, toda «libertad de prensa no es absoluta, y debe ser interpretada de modo armónico con los derechos y bienes que pueden ser afectados»⁵¹², de modo que los derechos en colisión sean considerados en su totalidad.

5. 2. 3: El papel de los jueces y demás intérpretes del Derecho en materia de límites a la libertad de expresión

Inevitablemente, los jueces o los tribunales son los últimos en decidir sobre algunos límites a la libertad de expresión, mientras que otros límites ya son señalados específicamente por la norma Fundamental, en la que no deja ninguna duda por su simple interpretación gramatical.

A continuación, señalamos algunas reglas generales de interpretación que debe considerar el Juez o el Tribunal en caso de decidir una controversia relacionada a la libertad de expresión.

- Cuando los límites a la libertad de expresión no son tan claros y precisos, al Juez o al Tribunal le corresponde decidir si se aplica para la

⁵¹⁰ **Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 79.

⁵¹¹ **Ibídem**, p. 40.

⁵¹² **Toller, Fernando M.**, *Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999.

controversia que se le someta, por ejemplo en los llamados conceptos jurídicos indeterminados, «esa misión ha de estar confiada a los jueces, en los casos de la moral social, el orden público y el bien común»⁵¹³.

- Aunque el límite moral es tan impreciso, el Juez no puede ignorar totalmente que se trata de una norma surgida en la conciencia colectiva.
- El Juez o el tribunal no puede arbitrariamente señalar límites o dejar de aplicar los límites que señala la Ley Fundamental.
- La simple crítica sometida a los funcionarios públicos no puede ser sometidas a límites, pues muchas veces esas manifestaciones hace que se mejore la Administración Pública en favor de los ciudadanos.
- La libertad de expresión ejercida por los profesionales de los medios de comunicación y la de un ciudadano dedicada a otras actividades con el motivo del ejercicio de su libertad de expresión, deben estar sometidas a los mismos límites que establece la Ley Fundamental, de lo contrario, equivaldría a la relativización de los derechos fundamentales.
- Los límites que señala cualquier Ley secundaria, son perfectamente aplicables mientras no exceda los límites que señala la Ley Fundamental.
- El Juez o el Tribunal debe estar consciente de que la libertad de uno terminada donde empieza la ajena, por ejemplo, se vale criticar a un funcionario público pero no se puede denigrar.

⁵¹³ **Fernández-Galiano, Antonio** y **Benito de Castro Cid**, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Op. Cit. n(41), p. 443.

5. 2. 4: Algunas reglas de la ponderación de principios constitucionales que en forma de derecho fundamental colisionan entre sí

Cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, se requiere una «adecuada ponderación o balance que permita determinar cuál de ellos debe prevalecer»⁵¹⁴, pero siempre en consideración al bien humano que cada uno protege.

Cuando existen diferentes intereses jurídicos igualmente fundamentales, es necesario considerar los siguientes principios y reglas:

- **La colisión de los derechos exigen a los** «jueces y tribunales una ponderación de los diversos intereses tutelados»⁵¹⁵, con el preciso análisis de cada caso concreto.
- **La libertad de expresión** «debe ceder frente a los intereses de superior rango»⁵¹⁶, por ejemplo, frente a la protección de la infancia y la juventud.
- **Los jueces o magistrados deben** «procurar dilucidar a cuál le corresponde la razón»⁵¹⁷ y al bien jurídico en juego.
- **Es necesario** tomar en cuenta el «contenido esencial de cada derecho fundamental»⁵¹⁸.
- **Con el contenido esencial**, se trata de analizar los límites internos de cada derecho en litigio, su naturaleza, el bien que protege, su finalidad y su

⁵¹⁴ **Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 105.

⁵¹⁵ **Bartolomé Cenzano, José Carlos**, *Derechos y Libertades Públicas*, Op. Cit. n(59), p. 135.

⁵¹⁶ **Schwabe, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, Op. Cit. n(9), p. 137. —Se trata de la Sentencia 7, 198, Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán, de 15 de Enero de 1958.

⁵¹⁷ **Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 26.

⁵¹⁸ **Gallego Anabitarte, Alfredo**, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*, Op. Cit. n(422), p. 215.

ejercicio funcional⁵¹⁹, es decir, hay que analizarlos el entorno total de cada uno de los derechos en colisión.

- También es importante analizar quiénes son **los titulares** de los derechos en colisión, quiénes son los obligados a respetarlos⁵²⁰ y siempre en consideración a la igualdad jurídica de los implicados.
- **Ningún tribunal debe postergar** un derecho fundamental, de lo contrario, «se vulnera así la más elemental noción de igualdad»⁵²¹.
- **En los derechos fundamentales, no se** «admite posibilidad de jerarquización»⁵²². Por lo tanto, todos protegen bienes humanos básicos.
- **Principio que se debe observar:** Para Ronald Dworkin, un principio es «un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»⁵²³. Por ejemplo, la *Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal*, en su artículo 33 establece que: **“Los servidores públicos tendrán limitado su derecho al honor, a la vida privada y a su propia imagen como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público”**. En ese caso, no se estaría aplicando el principio de la igualdad jurídica asumida por nuestra Ley Fundamental. Aunque la difusión de la imagen de un servidor público sea perfectamente lícita, pero su derecho al honor y a la vida privada

⁵¹⁹ Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 42.

⁵²⁰ Cfr., *Ibíd.*, p. 57.

⁵²¹ *Ibíd.*, p. 94.

⁵²² Llamazares Calzadilla, M. Cruz, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Op. Cit. n(416), p. 248.

⁵²³ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Guastavino, Ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 72.

debería ser igual al de cualquier ciudadano, si partimos de la idea de que todos los hombres tiene una Dignidad humana.

Los términos que se utilizan para resolver cuestiones sobre colisión de derechos, generalmente son: **ponderar, contrapesar, prevalecer, balancear, equilibrar, considerar prudencialmente, o atender al conjunto de bienes y derechos, etc.**⁵²⁴.

Cuando el Juez o el Tribunal decida dar mayor peso a un derecho fundamental frente a otro bien jurídico importante, el «conflicto debería ser solucionado a través de una ponderación de los intereses opuestos. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto»⁵²⁵. Por ejemplo, la libertad de expresión es un derecho fundamental, evidentemente, debe prevalecer sobre el derecho a la imagen de un funcionario público. Sin embargo, la libertad de expresión debe ceder al derecho de protección de los menores de edad, porque los menores de edad requiere de una mayor protección a su libre desarrollo de personalidad.

5. 2. 5: Libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales específicos

Como hemos vistos, al menos los derechos de libertad no son ilimitados, por ende, dicho carácter de los derechos básicos que estableció la teoría jurídica liberal conspira contra si misma⁵²⁶.

⁵²⁴ **Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 75.

⁵²⁵ **Alexy, Robert**, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(47), p. 90.

⁵²⁶ **Cfr., Serna, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. n(415), p. 24.

Evidentemente, estos derechos requieren y reclaman en estricto cumplimiento, de allí que el desconocimiento de un derecho frente a otro implica «importantes repercusiones en el plano de la legitimidad»⁵²⁷. En todas las situaciones necesarias, cualquiera de las restricciones a la libertad de expresión «deben ser proporcionadas al bien jurídico que se pretende proteger»⁵²⁸ y nunca a simples caprichos del Juez o intérprete del Derecho. Por eso hemos sugerido siempre, que los límites a la libertad de expresión solamente deben de ser establecida en la misma Ley Fundamental o Constitución y con la mayor precisión posible dejando un mínimo margen de apreciación al Juez, en caso de colisión y ponderación.

⁵²⁷ **Ibídem**, p. 100.

⁵²⁸ **Faúndez Ledesma, Héctor**, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Op. Cit. n(342), p. 751.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Dignidad humana es el reconocimiento y el respeto entre los hombres, es un valor que carece de precio, por lo tanto, el Poder Público no puede tratar a nadie como un simple objeto, cualquier violación a los derechos fundamentales de una persona, es una violación a su Dignidad.

SEGUNDA.- Los diferentes términos que se utilizan para referir a los derechos del hombre, es el resultado de las distintas concepciones que se tienen acerca de estos derechos así como las aportaciones de las distintas corrientes filosóficas del Derecho que ha habido a lo largo de la historia de la humanidad. Aquí, se asume el término “derechos fundamentales” para no incurrir en redundancias, pues sólo el hombre es el titular de estos derechos. Entonces, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos básicos que corresponde universalmente a cualquier persona, sin importa su edad, condición social, raza, sexo, nacionalidad o religión.

TERCERA.- El reconocimiento de los derechos fundamentales se concretiza solamente cuando el Estado los haya adoptado y garantizado en su ordenamiento jurídico vigente, generalmente a través de la Ley Fundamental o Constitución, de no ser así, solamente serían unas pretensiones políticas que se pretenden alcanzar algún día.

CUARTA.- En la actualidad no se puede concebir un Estado moderno y democrático sin la supremacía del Derecho. Por ello, el Estado de Derecho resulta totalmente indispensable porque implica el acatamiento del Imperio de la Ley por igual y por todos, ciudadanos y poderes públicos, es decir, no hay privilegio especial para nadie. En general, el Estado de Derecho representa seguridad jurídica, autonomía y libertad para los ciudadanos, también es la confianza mutua entre gobernantes y gobernados. El Poder Público solamente podrá afectar la esfera jurídica de los ciudadanos cuando se encuentre autorizado mediante una Ley preestablecida, en principio, para evitar cualquier arbitrariedad del Poder en contra de los ciudadanos.

QUINTA.- El reconocimiento de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho, hace que los hombres se conviertan en auténticos titulares de estos derechos, al ser dotados de garantías el mismo Estado queda obligado a su cumplimiento. Igualmente, los derechos fundamentales funcionan entre los particulares, porque constituyen unos mínimos valores éticos para la realización de cualquier relación humana.

SEXTA.- Los derechos fundamentales resultan universales porque son poseídos por todos los hombres, en cambio, no son absolutos porque al momento de ejercerlos se encuentran limitados frente a otros derechos y al bien común. La admisión de límites a los derechos fundamentales, es viable porque en la vida cotidiana no existen derechos ilimitados, tienen sus límites frente a los derechos de terceros, al orden público y la paz social. Evidentemente, los derechos de libertad son los que resulta necesario limitarlos, pero siempre en proporción al bien jurídico que se protege.

SÉPTIMA.- La libertad de expresión fue relevante, por primera vez, en las asambleas públicas de Atenas, generalmente ejercida mediante la oratoria. Pero será hasta el final de la Edad Media cuando se perfecciona y extiende, gracias al invento industrial de Gutenberg, pues el desarrollo de la expresión escrita floreció como nunca antes. Aunque la libertad de expresión fue reconocida por primera vez en el derecho positivo, a través del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue siempre el arma más poderosa de la ideología política liberal. Actualmente, la libertad de expresión se encuentra reconocida y garantizada en la Ley Fundamental de los Estados modernos y democráticos.

OCTAVA.- No existe desarrollo de la libertad de expresión cuando los medios de comunicación son propiedad del gobierno o porque están en manos de unos cuantos particulares. Pues obstaculizan la difusión de las ideas o expresiones que no se encuentran en acorde a sus intereses particulares. A pesar de los distintos medios de difusión, hoy en día la Radio sigue siendo el mejor medio de comunicación para difundir ideas o expresiones de personas o de grupos sociales de muy diversas ideologías políticas, filosóficas y religiosas.

NOVENA.- La libertad de expresión en relación con la democracia, hace que todos los individuos tengan la posibilidad de participar y formar la conciencia colectiva, siempre que sea de manera equilibrada, pues de lo contrario, se estaría atendiendo solamente las ideas o expresiones de un sólo grupo social, partido político, dirigente político, clase social, Iglesia, etc. En última instancia, en un Estado democrático la libertad de expresión de todos los ciudadanos debe de "estar garantizada".

DÉCIMA.- Los límites internos a la libertad de expresión deben tener como requisito a la buena fe. Pues una libertad de expresión ejercida para calumniar o injuriar alguien, no puede estar protegida constitucionalmente. Las críticas dirigidas a los funcionarios públicos, deben ser entendidas siempre en aras de una mejor Administración Pública y a favor del interés común. Mientras los límites externos a la libertad de expresión están en relación a los derechos de terceros, al orden público y la paz social.

DÉCIMO PRIMERA.- Los límites a la libertad de expresión deben establecerse solamente a través de la Constitución y no mediante normas ordinarias: para que no sea limitada de manera arbitraria y también para no relativizar ningún derecho fundamental. El hecho de que el legislador pueda establecer límites a la libertad de expresión y que no constituya censura previa, sólo se admite en el sentido de que, queda obligado a no deformar su naturaleza y tomar en cuenta los valores superiores del ordenamiento Constitucional, valores como Dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad, seguridad jurídica, entre otros más, con el objetivo fundamental de que los derechos de todos los ciudadanos operen en forma pacífica.

DÉCIMO SEGUNDA.- La *Ley Sobre Delitos de Imprenta* expedida el día 9 de Abril de 1917, actualmente es una Ley insuficiente, puesto que únicamente tiene una orientación punitiva y no contempla reparación de daños y perjuicios por ilícitos de prensa. Por lo tanto, nuestro país, requiere de una nueva Ley de Imprenta, que señala en forma clara la responsabilidad penal, civil y administrativa con el motivo de una libertad de expresión escrita que haya sido ejercida inadecuadamente y para abarcar un medio tan importante como la Internet.

DÉCIMO TERCERA.- La finalidad de los límites que debe establecer el Constituyente para la libertad de expresión, es proteger a los otros derechos fundamentales, que ninguno de ellos queden desprotegidos o relegados frente al ejercicio de dicha libertad. Se trata de que la libertad de expresión no sea ejercida de manera extremista y que los diferentes derechos de los ciudadanos se ejerzan en forma pacífica.

DÉCIMO CUARTA.- Los poderes públicos solamente pueden publicar los datos que ya están despersonalizados, como los resultados de los datos obtenidos a través de los censos de población y de las actividades económicas, ya sea para conocer los números de habitantes o las realidades económicas que impera en una determinada región o en todo el país. En ese caso, el legislador debe señalar mediante Ley, de manera clara y precisa, la finalidad de los datos obtenidos, así como el señalamiento específico de que los datos personales recabados quedan realmente protegido por dicha Ley, para evitar incertidumbre jurídica hacia los ciudadanos.

DÉCIMO QUINTA.- Algunos límites a la libertad de expresión deben de estar confiados al Juez o al Tribunal, cuando se trata por ejemplo de conceptos jurídicos indeterminados, como la “moral pública o social”, el “orden público” o la “paz social”. En general, cualquier límite fijado a la libertad de expresión debe ser siempre en proporción al bien jurídico que se pretende proteger, como el derecho de protección a la infancia y de la juventud, en ese caso, la libertad de expresión debe ceder porque los menores de edad requieren de una protección especial para su sano desarrollo físico y psicológico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola**, *Diccionario de Filosofía*, trad. de Alfredo N. Galletti, Ed. FCE., México, 2001.
- ALEXY, Robert**, *El Concepto y la Validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.
- ALEXY, Robert**, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ANDERSON, Perry**, *El Estado Absolutista*, trad. de Santos Juliá, Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1992.
- ANDREA Sánchez, Francisco J. de**, *Los Partidos Políticos*, Ed. UNAM, México, 2002.
- ANSUÁTEGUI Roig, Francisco Javier**, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994.
- ANSUÁTEGUI Roig, Francisco Javier**, *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- ARISTÓTELES**, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Ed. Gredos, Madrid, 2000.
- ASÍS Roig, Rafael de**, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- ASÍS Roig, Rafael**, *Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos (Una aproximación dualista)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- ASÍS Roig, Rafael de**, *Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero**, *Las Piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.
- BADENI, Gregorio**, *Tratado de Libertad de Prensa*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- BARTOLOMÉ Cenzano, José Carlos**, *Derechos y Libertades Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- BETEGÓN, Jerónimo y otros**, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- BOBBIO, Norberto**, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Ed. Temis, Bogotá, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, trad. de Vicente Herrero, Ed. FCE, México, 2000.

BRAGE Camazano, Joaquín, *Los Límites a los Derechos Fundamentales en los inicios del Constitucionalismo Mundial y en el Constitucionalismo Histórico Español*, Ed. UNAM, México, 2005.

BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 1992.

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Trad. de Esteban Pujals, Ed. Rialp, Madrid, 1989.

CARRÉ de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depetre, Ed. FCE, México, 1998.

CARRIÓ, Genaro R., *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

CASTELLANOS Hernández, Eduardo, *Derecho Electoral en México*, Ed. Trillas, México, 1999.

CASTRO Cid, Benito y otros, *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Ed. Universitas, Madrid, 2004.

CATÍN, Luis Vicente, *Naturaleza, Contenido y Extensión del Derecho de Libertad Religiosa*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

CAVERO Lataillade, Iñigo y Tomás Zamora Rodríguez, *Introducción al Derecho Constitucional*, Ed. Universitas, Madrid, 1996.

CORNELL, Tim y John Matthews, *El Mundo del Renacimiento*, Volumen II, trad. del Thema Equipo Editorial, Ed. Folio, Barcelona, 1995.

DESIMONI, Luis María, *El Derecho a la Dignidad Humana (Orígenes y Evolución)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1981.

DIGESTO de Justiniano, *Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, Tomo I, versión castellana de A. D'ors y otros, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Guastavino, Ed. Ariel, Barcelona, 2002.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel y Calogero Pizzolo, *Hábeas Data (El Derecho a la Intimidación frente a la Revolución Informática)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

ESTRADA, Alexei Julio, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

FAÚNDEZ Ledesma, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Ed. UNAM, México, 2004.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio y Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Ed. Universitas, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ García, Eusebio, *Filosofía, Política y Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ García, Eusebio, *La Obediencia al Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ García, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ, Tomás R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías (La Ley del más débil)*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otro, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, 1998.

GALLEGO Anabitarte, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales (Análisis Doctrinal y Jurisprudencial)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2002.

GARCÍA Morente, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Ed. Tomo, México, 2000.

GARCÍA San Miguel, Luis, *El Libre Desarrollo de la Personalidad*, Ed. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

GÓMEZ Alcalá, Rodolfo Vidal, *La Ley como Límite de los Derechos Fundamentales*, Ed. Porrúa, México, 1997.

GÓMEZ Orfanel, Germán, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ, Nazario, *Los Derechos Humanos en la Historia*, Ed. Alfa Omega, México, 2002.

- GUTIÉRREZ Boada, John Daniel**, *Los límites entre la Intimidad y la Información*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- HART, H. L. A.**, *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HAYEK, F. A.**, *Los Fundamentos de la Libertad*, trad. de J. Vicente Torrente, Ed. Unión, Madrid, 1991.
- HEGEL, Georg**, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. de Carlos Díaz, Ed. Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1993.
- HELLER, Hermann**, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, Ed. FCE, México, 1987.
- HIERRO, Liborio**, *La Eficacia de las Normas Jurídicas*, Ed. Ariel, Barcelona, 2003.
- HOERSTER, Norbert**, *En Defensa del Positivismo Jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.
- HONGJU Koh, Harold y Ronal C. Slye** (compiladores), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, trad. de Paola Bergallo y otro, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.
- HÜBNER Gallo, Jorge Iván**, *Los Derechos Humanos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- HUMBOLDT, Wilhelm von**, *Los Límites de la Acción del Estado*, trad. de Joaquín Abellán, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- IGNATIEFF, Michael**, *Los Derechos Humanos como Política e Idolatría*, trad. de Francisco Beltrán Adell, Ed. Paidós, Barcelona, 2003.
- JAVIER de Lucas**, *Globalización e identidades*, Ed. Icaria, Barcelona, 2003.
- KANT, Emmanuel**, *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y otro, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- KAUFMANN, Arthur**, *Filosofía del Derecho*, trad. de Luis Villar Borda y otro, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- KELSEN, Hans**, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, Ed. UNAM, México, 1998.
- KYMLICKA, Will**, *Ciudadanía Multicultural (Una teoría liberal de los derechos de las minorías)*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, 1996.
- LABRADA Rubio, Valle**, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.
- LAMARTINE, Alphonso Marie de**, *Historia de la Revolución Francesa*, Ed. Ramon Sopena, Barcelona, 1979.

- LAPORTA, Francisco**, *Entre el Derecho y la Moral*, Ed. Fontamara, México, 2000.
- LEFEBVRE, Georges**, *La Revolución Francesa y el Imperio (1787-1815)*, trad. de María Teresa Silva de Salazar, Ed. FCE, México, 1995.
- LLAMAZARES Calzadilla, M. Cruz**, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- LOCKE, John**, *Carta Sobre la Tolerancia*, trad. de M. Goldie, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LOCKE, John**, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, trad. de José Carner, Ed. Porrúa, México, 1997.
- LÓPEZ Ayllón, Sergio**, *Derecho de la Información*, Ed. McGraw-Hill, México, 1997.
- LOSANO, Mario G.**, *Los Grandes Sistemas Jurídicos*, trad. de Alfonso Ruiz M., Ed. Debate, Madrid, 1996.
- MANSILLA y Mejía, María Elena** (coordinadora), *Derecho Internacional (Visiones contemporáneas)*, Ed. Porrúa-Facultad de Derecho, México, 2008.
- MAQUIAVELO, Nicolás**, *El Príncipe*, trad. de Ángeles Cardona, Ed. Unidad Editorial y Bibliotex, México, 1999.
- MARGADANT, Guillermo, F.**, *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. UNAM, México, 1997.
- MARGÁIN Manautou, Emilio**, *De lo Contencioso Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- MARITAIN, Jacques**, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, trad. de Hector F. Mirí, Ed. Dedalo, Buenos Aires, 1961.
- MASSINI, Carlos Ignacio**, *Sobre el Realismo Jurídico*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- MIRANDA, Jorge**, *Derechos Fundamentales y Derecho Electoral*, Ed. UNAM, México, 2005.
- MOLINERO, César**, *Teoría y Fuentes del Derecho de Información*, Ed. EUB, Barcelona, 1995.
- MONTESQUIEU**, *Del espíritu de las Leyes*, trad. de Nicolás Estévanez, Ed. Porrúa, México, 2001.
- MUGUERA, Javier y otros**, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989.

- MUÑOZ Alonso, Gema y otros**, *Filosofía Antigua (Historia del Pensamiento)*, Ed. Sarpe, Madrid, 1988.
- NINO, Carlos Santiago**, *Ética y Derechos Humanos (Un ensayo de fundamentación)*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto**, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Ed. UNAM, México, 2003.
- OCHOA Olvera, Salvador**, *Derecho de Prensa (Libertad de expresión, libertad de imprenta, libertad a la información)*, Ed. Montealto, Atizapán de Zaragoza, 1998.
- OLIVECRONA, Karl**, *El Derecho como Hecho*, trad. de José Santa Pinter, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1936.
- OROZCO Gómez, Javier**, *Estudios Electorales*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- OST, François y Michel van de Kerchove**, *Elementos Para una Teoría Crítica del Derecho*, trad. de Pedro Lamas, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000.
- PASSERIN D'Entrèves, Alessandro**, *La Noción de Estado (Una introducción a la Teoría Política)*, trad. de E. Fernández-Galiano, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio**, *Curso de Derechos Fundamentales (Teoría General)*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio**, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio**, *Ética, Poder y Derecho*, Ed. Fontamara, México, 2000.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio**, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio**, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio**, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio y otros**, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Volumen III, Tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- PÉREZ Luño, Antonio Enrique**, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- PIZZOLO, Calogero**, *Democracia, Opinión Pública y Prensa (En la construcción de un paradigma)*, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.

- PRIETO Sanchís, Luis**, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990.
- RALLO Lombarte, Artemi**, *Pluralismo Informativo y Constitución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RAWLS, John**, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, Ed. FCE, México, 1995.
- RECASENS Siches, Luis**, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2002.
- ROBLES, Gregorio**, *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ-TOUBES Muñiz, Joaquín**, *Principios, Fines y Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- ROUSSEAU, Jean Jacques**, *El Contrato Social*, trad. de Enrique López Castellón, Ed. Edimat Libros, Madrid, 2000.
- RUSSELL, Bertrand**, *Sociedad Humana (Ética y Política)*, trad. de Beatriz Urquidi, Ed. Altaya, Barcelona, 1999.
- SÁNCHEZ Bringas, Enríquez**, *Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- SÁNCHEZ de la Torre, A.**, *Los Griegos y el Derecho Natural*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966.
- SÁNCHEZ Viamonte, Carlos**, “Estado de Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966.
- SCHWABE, Jürgen**, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Compilación de Sentencias)*, trad. de Marcela Anzola Gil, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.
- SERNA, Pedro y Fernando Toller**, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.
- SIEYÈS, Emmanuel J.**, *¿Qué es el Tercer Estado?*, trad. de José Rico Godoy, Ed. UNAM, 1973.
- SMEND, Rudolf**, *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Ed. UNAM, México, 2005.
- SMITH, Juan Carlos**, “Estado”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966.
- SÓFOCLES**, *Antígona*, trad. de la Editorial LIBSA, Ed. Edimat Libros, Madrid, 2001.

STEIN Velasco, José Luis F., *Democracia y Medios de Comunicación*, Ed. UNAM, México, 2005.

SUÁREZ Romero, Miguel Ángel, “Formalidad y sustantividad de la justificación de los derechos fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Tomo LIII, núm. 240, México, 2003.

TEJEDA González, José Luis, *Las Encrucijadas de la Democracia Moderna*, Ed. P y V, México, 1996.

TOLLER, Fernando M., *Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999.

URSÚA-COCKE, Eugenio, *Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón*, Ed. Porrúa, México, 1984.

VECCHIO, Giorgio del, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

VEGA Ruiz, José Augusto de, *Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*, Ed. Universitas, Madrid, 1998.

VILLANUEVA Colín, Margarita y Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. Oxford University Press, México, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil (Ley, derechos, justicia)*, trad. de Marina Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1997.

ZÁRATE, José Humberto y otros, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. McGraw-Hill, México, 1997.

LEGISLACIONES

- Constituciones:

Constitución de la República Italiana. Entró en vigor el día 1 de Enero de 1948.

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Constitución Española. Publicada el día 27 de Diciembre de 1978.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de Febrero de 1917, con última reforma en el D.O.F. el día 7 de Mayo de 2008.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Publicada en el Boletín Oficial Federal (1) el día 23 de Mayo de 1949.

- Declaraciones, Tratados y otros documentos históricos:

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Proclamada en Niza el día 7 de Diciembre de 2000.

Carta Magna de las libertades de Inglaterra concedidas por el Rey Juan, año de 1215.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Suscrita en San José de Costa Rica el día 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Adoptado por el Consejo de Europa en Roma el día 4 de Noviembre de 1950.

Declaración de Derechos (Bill of Rights), de 13 de Febrero de 1689 (Inglaterra).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948.

Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de Junio de 1776.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aprobada por la Asamblea Nacional francesa el día 26 de Agosto de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por Asamblea General de la ONU, en su Resolución 217 A (III), el día 10 de Diciembre de 1948.

Habeas Corpus Amendment Act (de Inglaterra) de 1679

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), el día 16 de Diciembre de 1966.

- Leyes Nacionales:

Código Civil Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes: 26 de Mayo, 14 de Julio, 3 y 31 de Agosto de 1928, con última reforma publicada en el D. O. F. el día 13 de Abril de 2007.

Código Civil para el Distrito Federal. El texto Original (1928) es el mismo a nivel Federal. Reforma publicada por primera vez en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de Mayo de 2000, con última reforma en la G. O. D. F. el día 4 de Enero de 2007.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de Enero de 2008.

Código Penal Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Agosto de 1931, con última reforma publicada en el D. O. F. el día 27 de Noviembre de 2007.

Código Penal Para el Distrito Federal. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito federal el 16 de Julio de 2002, con última reforma en la G. O. D. F. el día 8 de Enero de 2004.

Ley de Responsabilidad Civil Para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 19 de Mayo de 2006.

Ley Sobre Delitos de Imprenta. Ley expedido el día 9 de Abril de 1917 por el Presidente Venustiano Carranza.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

<http://constitución.rediris.es/legis/ConstituciónAlemana.html>

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0062

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0120

<http://www.boe.es/g/basesdatostc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0051>

<http://www.boe.es/g/es/basesdatostc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2001-0081>

<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.doc

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.doc

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/seriec_135_esp.doc

<http://www.escepticospr.com/Archivos/ConstitucionalEU.htm>

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

<http://www.intermigra.info/semiex/archivos/legislacion/internac011.htm>

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

<http://www.thereport.amnesty.org/esl/report-08-at-a-glance>

<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html>