

Letras Jurídicas

Volumen 3

Enero - Junio 2001

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

Los avances científicos en el derecho de filiación del Distrito Federal

Aníbal Guzmán Ávalos*

SUMARIO: Introducción. A. Igualdad. B. Presunciones. C. ¿Paternidad real?. E. Plazo de duración de la gestación. F. Pruebas científicas. G. La reproducción asistida.

Introducción

Desde la época del derecho romano a las primeras décadas del siglo XX, la filiación poco se había modificado, sin embargo al final del pasado milenio de la era cristiana, las cosas cambiaron de una manera fundamental y aún todavía se están perfilando cambios relevantes en esta materia.

Las ciencias biológicas han avanzado extraordinariamente y hoy puede probarse con seguridad indiscutible la paternidad y maternidad, la duración muy aproximada de la gestación, época de la concepción, época en que no pudo tener lugar, etc., el derecho no puede ignorar tales conquistas, ni vivir de espaldas a la realidad científica del momento. La ciencia jurídica también debe avanzar para entender y controlar los efectos sociales de esos progresos científicos

México ha sido un poco reservado a esos cambios, sin embargo poco a poco en las distintas entidades federativas se están realizando reformas en la materia a fin de ir adecuando, sus legislaciones a las innovaciones. Así el 25 de mayo del 2000, el Distrito Federal publicó en su Gaceta Oficial No. 88 un, Decreto de la Asamblea Legislativa, por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil; en las que destacan algunas sobre el derecho de filiación.

No hay duda, que las modificaciones al derecho de filiación en el Distrito Federal, son de las más novedosas en nuestro país, sobre todo aquellas disposiciones relacionadas con las innovaciones científicas, tanto en materia de las pruebas de filiación, como de la atribución de la paternidad y maternidad mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida. En tal virtud, este trabajo apunta hacia un análisis de esos ámbitos que actualizan dicha institución y le dan nuevos matices.

A. Igualdad

Antes de entrar a la parte fundamental de este tema, quiero significar la posición determinante del legislador capitalino que sepulta las diferencias entre los hijos. Con la

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Veracruzana.

reforma se acaba con todo vestigio de las calumniosas clasificaciones de los hijos. ¡Qué lejos estamos de esa abominante clasificación de hijos incestuosos, sacrílegos, adulterinos, espurios, etc.! El último rescoldo de distinción entre hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, hoy es historia del sistema jurídico de la filiación en el Distrito Federal. Ahora sólo hablaremos de hijos, sin ninguna etiqueta que los estigmatice.

En México no existe un derecho constitucional de naturaleza familiar; no obstante las disposiciones relativas a la filiación se encuentran en la ley sustantiva civil, y se encuentra como un derecho absoluto, no accesorio del matrimonio, en tal virtud los hijos tienen los mismos derechos, sin implicar el estado civil de los padres; sistema que no es nuevo, ya que antes de la reforma, a pesar de que se clasificaba en hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, se atendía sólo a una regulación diversa, ya que ambas surtían los mismos efectos, respondiendo más a una forma de prueba que a la existencia de un trato diferente. Así lo prescribe expresamente el artículo 338 Bis, al señalar que la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación independientemente de cual haya sido su origen. Precepto, que a mi parecer, termina con cualquier diferencia entre los hijos, pero sobre todo, no da lugar a que se pretenda hacer alguna distinción con la filiación de los hijos nacidos con el auxilio de los diversos métodos de procreación.

B. Presunción

En el capítulo de disposiciones generales se conserva la presunción de paternidad y maternidad de aquellos hijos cuyos padres contrajeron matrimonio. Con ella se sigue pretendiendo, de manera más o menos confiable, señalar a los responsables de la paternidad y la maternidad. Así, se dice que en virtud de no poder conocer en forma directa o inmediata, quien es el padre de los hijos de la esposa, por la imposibilidad de penetrar en la intimidad de la pareja; simplemente se presume que es el marido, salvo prueba en contrario.¹

La presunción de paternidad se desprende únicamente de la naturaleza de las relaciones conyugales, o sexuales, infiriendo que un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer y que el hijo concebido por ella, es de él. En otras palabras la atribución de la paternidad al marido de la madre se funda sobre la regla del monopolio sexual recíproco entre los cónyuges: luego es regla moral, jurídica y de estadística, que la mujer ayunte sólo con ese hombre, así los hijos pueden nacer sólo como consecuencia de ese ayuntamiento, por lo que parece razonable atribuir la calidad de padre al marido o concubinario de la mujer que da a luz al hijo. La disposición que regula la presunción presta solidez y firmeza a las relaciones entre los miembros de la familia. Otro tanto razonable es desconocer tal paternidad cuando se debe excluir la hipótesis del ayuntamiento fecundo entre marido y mujer: *impotencia coendi y generandi* de él, imposibilidad material de relación entre la mujer y el hombre por falta de cohabitación en los tiempos presumibles de la fecundación.²

¹ Como consecuencia el hijo está dispensado de rendir una prueba directa de su filiación, la cual casi nunca tendría a su alcance. Así al probar la maternidad, se demuestra simultáneamente la filiación paterna, y también se le exime la investigación de la paternidad, ya que se le atribuye al marido de la madre. Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1988, p. 436.

² Paolo Vercellone, *Tratado di diritto civil italiano*, La filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet, Torino, Italia, 1987, p. 313.

Dicha presunción se otorga a los hijos que nacen en constante matrimonio; y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Término que se computará, en caso de divorcio o nulidad, a partir de que quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Se sigue conservando la presunción de *pater is*, pero con la novedad que se atribuye no sólo a los hijos que han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio, sino inclusive a los concebidos antes de matrimonio, toda vez que ya no se impone límite para que opere sino que actúa desde el primer momento del matrimonio *ex lege*, beneficiando al hijo con un *favor iuris*. No obstante el marido puede desconocer al hijo si tiene pruebas que el hijo no es suyo. Es decir, que al eliminar el mínimo de tiempo de la duración de la gestación, la cobertura de la presunción de paternidad alcanza a todos los nacidos después de la celebración del matrimonio. Es indiferente para ello el momento de la concepción del hijo, precisando sólo que el nacimiento sea anterior a los trescientos días de la separación legal de los cónyuges, contando desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Actualmente el hijo nacido más allá de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges no está amparado en la presunción de paternidad, si bien cabe a los legitimados en el ejercicio de la acción justificar la condición de hijo mediante la aportación de cualquier prueba que evidencie la filiación del hijo. Así lo previene el artículo 329 del código civil del Distrito Federal.

El artículo 383 establece la misma presunción para los hijos nacidos en concubinato. En tal virtud, lo expresado hasta aquí, respecto a los hijos cuyos padres contrajeron matrimonio, es aplicable para los hijos que nacen de una concubina y un concubinario. En este sentido, no se puede dejar de criticar que el legislador capitalino, al eliminar la clasificación de los hijos, continúe regulando en un capítulo distinto a los hijos nacidos en el concubinato; ya que debieron quedar comprendidos en la misma presunción que establece el artículo 324, (presunción de los hijos nacidos en matrimonio); pues si ya no hay distinción entre ellos, no tienen que reglamentarse en un apartado distinto, independientemente de la dificultad de probanza del concubinato.

C. ¿Paternidad real?

Con este nuevo sistema de filiación, se advierte que se abre un camino hacia la búsqueda por la verdad, el interés por la verdadera paternidad biológica, al permitir el ofrecimiento de pruebas científicas, que sin desconocer valores e intereses tales como tranquilidad y paz de las familias, honor, escándalos, preocupa esencialmente el que la paternidad legal, o judicialmente declarada, coincida con la verdadera.

Esta es una de las cuestiones más importantes y delicadas en materia de filiación, que con frecuencia se presenta con los duros rasgos de una colisión de intereses: la paternidad real frente a la paternidad ficticia, y es que cuando se discute sobre una paternidad, cuando se trata de dar o negar un padre a un niño, debe buscarse un punto óptimo donde sólo haya que sacrificar lo menos, y menos valioso.³

³ Francisco Rivero Hernández, *La presunción de paternidad legítima, estudio de derecho comparado y derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 74.

El legislador capitalino matiza ambos intereses, pues no reduce la relación jurídica exclusivamente a filiación biológica, ni trata de mantener a toda costa la presunción, que significaba la consagración de una paternidad ficticia. Se puede indagar la paternidad y la maternidad y ahora, se pueden probar por cualquier avance científico, lo que postula un principio de verdad biológica; sin embargo este principio no es absoluto, porque cede como por ejemplo, en casos de adopción, limitaciones establecidas en el reconocimiento, presunciones, la fecundación por medios artificiales, la posesión de estado, en el que la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo decisiva la voluntad de tener al hijo como tal.

En este sentido, tenemos que enfatizar, que la filiación no es sólo lazo de sangre, sino un vínculo jurídico, con un enorme componente afectivo, cultural, sociológico, donde la voluntad de querer tener a un ser como miembro de su familia, cobra importancia primordial para el derecho, como decíamos antes, tal es el caso de la adopción, de la procreación asistida con gametos de donadores, etc. Lo que nos lleva a afirmar, que la verdad biológica no alcanza a tener categoría de imperativo, absoluto ni unívoco.⁴

Ese matiz entre verdad biológica y voluntad es válido en los albores del siglo XXI; lo que no me parece de la misma manera, es la fórmula legal que sigue conservando el artículo 326 del Código Civil, que impide al cónyuge varón impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, ya que establece casuísticamente cuándo se puede impugnar; causas alejadas por completo de los lazos de sangre que se reducen a que el marido demuestre que se le ocultó el nacimiento del hijo, o que no tuvo relaciones sexuales con su esposa dentro los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Supongo que esta disposición patentiza el interés de evitar escándalos y proteger al menor y la paz familiar, pero que en realidad es cuestionable, pues un padre que tiene la sospecha o seguridad que el hijo de su mujer no es suyo, no garantiza ninguna paz familiar, ni interés superior del menor ya que está condenado a vivir en un mundo de conflictos conyugales que obviamente repercutirán en su esfera. Dicha disposición consagra una paternidad ficticia a toda costa, que al parecer fija una posición contradictoria del legislador capitalino, pues si por un lado, se permite la utilización de pruebas científicas para la determinación de la paternidad y/o maternidad; no puede por otro lado, conservar un precepto que limite la búsqueda de la verdad y ni siquiera se sustente en la voluntad de querer esa relación paterno-filial. Precepto cuestionable ante las innovaciones realizadas en esta materia.

D. Plazo de duración de la gestación

Como había mencionado, la ley vigente elimina el plazo mínimo de gestación y considera a todo aquel que nazca a partir del matrimonio como hijo de los cónyuges, ahora ya no es necesario que tenga que nacer 180 días después de la celebración del acto jurídico para gozar de la presunción; aún cuando por la medicina se tenía dicho plazo como relativamente correcto, pues es excepcional que pueda nacer un niño en un plazo más breve; aunque con los avances de la tecnología, se logra la supervivencia de un ser humano fuera del seno materno antes de ese tiempo.

⁴ Julio Carbajo González, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, p.92.

Sin embargo, sigue conservándose el plazo máximo de gestación de 300 días, que si bien comprende la mayoría de los casos, no puede ser considerado, hoy como presunción absoluta, ya que las gestaciones superiores son bastante frecuentes, por lo que cada vez se hace más necesaria la admisibilidad de la prueba de la verdadera duración del embarazo. De esta forma, el plazo concede filiación a una gran parte de hijos que no les corresponde (por ser superior a la media normal) y la niega a quienes la merecen y han nacido después de 300 días por un embarazo prolongado anormalmente.

Los plazos pueden eludirse y volverse contra su propio fin. Para nadie es hoy un secreto que la moderna ginecología dispone de medios para adelantar o retrasar el parto dentro de márgenes bastante considerables, sin peligro para la madre ni para el hijo. Es más; por razones clínicas, se hace con frecuencia; el parto se provoca a veces, pues su prolongación excesiva, aún natural, puede resultar peligrosa para la supervivencia del feto. En estas circunstancias, a nadie extrañaría que, ante una herencia importante en juego, o cuando puede verse comprometida la honorabilidad de una mujer o de una familia por el mero hecho de que un hijo nazca tres días antes o después, pueda confiarse a un médico, a veces engañándolo incluso, que adelante o retrase el nacimiento algunos días, lo que no supone ningún peligro y si puede reportar grandes ventajas a los interesados.⁵

E. Las pruebas científicas

Quien alega o no la paternidad y/o maternidad, tiene que probar los hechos, esencialmente el de la procreación, ahora más abierto que el sistema restrictivo anterior, que en resumen sólo procedía por la falta de cohabitación entre los cónyuges. Actualmente se puede utilizar pruebas directas que el avance de los conocimientos científicos pone a disposición tal y como lo prescriben los artículos 352,341,382 y 385 del Código Civil del Distrito Federal.

Este sistema tampoco es absoluto, ya que dentro de los medios probatorios no es admisible la prueba testimonial si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión. Igualmente la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. Dichas disposiciones tienen su justificación en la idea de poner límites para impedir la presentación de demandas temerarias, o totalmente infundadas, creando procesos que puedan originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes.

La paternidad se podrá demostrar no sólo ofreciendo las pruebas tradicionales en la filiación (*impotencia coeundi o generandi*, por haber estado alejados físicamente de la mujer), sino por otros novedosos, que el avance de los conocimientos científicos pueden ofrecer; cuya importancia en el proceso de filiación, consiste en demostrar o no la paternidad y/o maternidad, que otros medios de prueba ordinarios no alcanzan plenamente.⁶

⁵ Rivero Hernández, *op. cit.*, pp. 119-125.

⁶ Jaques Massip, “La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire”, en *Droit de la filiation et progres scientifiques*, p. 54.

Las pruebas biológicas, constituyen un medio científico de un importante valor por su fiabilidad, con la cual se puede excluir totalmente la paternidad, o afirmarse la misma con un porcentaje de acierto de casi el 100%, dependiendo de los marcadores genéticos utilizados y del número de los mismos.

Estas pruebas tienen el carácter de auténticas pruebas periciales, por lo tanto deben estar sometidas a la regulación que para las mismas establece el código de procedimientos civiles y tienen por objeto la demostración o no de la paternidad y maternidad de una persona con respecto a otra a través de un estudio biológico. Es la genuina prueba directa de investigación de la paternidad. La parte que vaya a ofrecer la prueba deberá expresar claramente el objeto de ésta, desde la presentación de la demanda, requiriendo la presentación del demandado para su práctica, con advertencia de las consecuencias de su negativa. La prueba puede ser ofrecida por cualquier parte o inclusive por el mismo juez como diligencia para mejor proveer. Si la prueba es positiva deberá declararse la paternidad o la maternidad. Si no se practica la prueba por causas ajenas a la voluntad del demandado, es decir, sin imputarse a una negativa injustificada del demandado, el juez tiene que resolver la pretensión con apoyo en las demás pruebas presentadas, resaltando que las pruebas científicas no son las únicas posibles.

La negativa de la parte demandada a someterse a esta, prueba, salvo prueba en contrario, hará presumir que es la presunta madre o presunto padre, es decir, que la negativa injustificada se puede reputar por sí misma *ficta confessio*, y por ende el resultado del litigio puede depender de tal negativa sin importar otras pruebas de cualquier clase. Ante dicha situación va a ser necesario que esa negativa conste de forma clara, indubitada y fehacientemente. Es cierto que, no se podrá imponer la extracción de la sangre por medio de la fuerza, ya que no hay un precepto habilitante para ello; pero también es cierto, que será una carga procesal contundente para alguna de las partes.

Por otro lado, hay que significar que en los procesos de filiación, no siempre habrá prueba directa de la paternidad o maternidad y éstas podrán declararse de los demás medios de prueba de filiación que hasta hoy se han utilizado; tales como el reconocimiento, la posesión de estado, la presunción, etc. Como hasta antes de la reforma, se probará directamente un hecho y, de forma indirecta la filiación.

F. La reproducción asistida

Cambios profundos se están dando en estas últimas décadas, en la noción sociológica de la familia, y sobre todo en la vida sexual, que hasta ahora, era el instrumento humano necesario para la procreación; tener hijos ya no es una bendición divina o inevitable, sino ahora puede ser una libre elección. Junto al ejercicio de la libertad sexual orientado a la generación de la especie, se ha ido instaurando un nuevo modo de procrear, con el uso de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, que dan como resultado una nueva relación de paternidad, que se funda exclusivamente sobre la voluntad del marido de aceptar al hijo concebido por su mujer con semen de otro como si fuese hijo propio o una nueva concepción de la maternidad, ya no fundada en una derivación natural y de certeza biológica.

Hay que aceptar que se vive una nueva realidad social, al ser posible la procreación sin necesidad de alguna relación sexual, que se complica según que el espermatozoide, el óvulo o el útero en que se vaya a desarrollar la gestación sea de uno o de los dos miembros de la pareja o de un tercero, sin importar el vínculo que los una; si se hace con o sin el

consentimiento del marido o compañero; si se realiza con gametos ajenos de las personas que toman la decisión del nacimiento del nuevo ser; o todavía más si la gestación se produce en mujer distinta, pues la que desea ser madre no pueda llevar adelante el embarazo; o cuando el padre ya se encuentra muerto en el momento de la concepción o transferencia del embrión.

Estos cambios tan relevantes en la procreación no responden a la relación jurídica de antaño, pues el hijo no es genéticamente del hombre y de la mujer que han decidido que nazca y en ocasiones ni siquiera lo es de la mujer que lo ha parido⁷. Todo indica que esa no es la filiación que hasta ahora se conocía, ni la paternidad/maternidad sustentadas son las que el derecho occidental, de Roma hasta el aquí y ahora, y la cultura universal, habían elaborado.

En la reforma del código civil del Distrito Federal incluido la determinación de la filiación de los hijos nacidos por la utilización de los avances genéticos. Así el artículo 162, segundo párrafo, prescribe que los cónyuges pueden emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Es decir, que la ley permite a los cónyuges la utilización de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Sin embargo la ley guarda silencio si se puede emplear gametos extraños a la pareja, sólo habla de que pueden utilizar los métodos de reproducción; así que al no prohibirla expresamente la fecundación humana asistida, de la posesión de estado (situación fáctica de carácter permanente), que, por ende, ayudará a consolidar establemente la relación familiar, *ad hoc*, ante un hipotético conflicto de paternidad y/o maternidades (biológica, gestante, jurídica o registral). La relación de filiación 1 disociarla de su componente genético; es o debe ser ante todo una relación socializante, de suerte que el vínculo biológico debe quedar desnaturalizado en favor de un *nexum* de integración cultural. La verdad genética debe ceder ante la realidad social, que es la que tendrá que imponerse. Evidentemente, el interés en evidenciar aquélla no es más que capitalizar la cuestión a un puro y absurdo reduccionismo biológico.⁸

⁷ Qué relación jurídica es esa que además de la inexistencia de la relación sexual T -o casual, el hijo no es genéticamente hijo del varón y/o de la mujer que ha querido nazca, y en algún caso no lo ha alumbrado siquiera esa mujer? Así se lo cuestiona Francisco Rivero Hernández en “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”. *Cuadernos de derecho judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de La genética en la determinación de la filiación*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1994, p. 282, y en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX., Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Ed. Trivium, S.A., Madrid, 1988, p.142.

⁸ Francisco Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1988, pp. 26, 27, 73 y 75.

Bibliografía

- BOCCACCIO, Simonetta e DOGLIOTTI, Massimo, “Inseminazione artificiale: dubbi interpretativi e prospettive de jure condendo”, *Il diritto de famiglia e dello persone*, Año XVI, Giuffré, Milano, Italia, 1987.
- CALOGERO, Mario, *La procreazione artificiale; una ricognizione dei problemi*, Giuffré, Milano, Italia, 1989.
- CARBAJO GONZALEZ, Julio, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, S.A., Madrid, 1998.
- FERRER, Francisco, “Procreación asistida; Panorama jurídico”, *59 Colección jurídica y social*, Secretaría de posgrado y servicios a terceros, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1995.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, “La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, Vol. 40, México, 1990.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando, “Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados”, *Revista de derecho y genoma humano*, Edición Española, Núm.1, julio-diciembre, 1994.
- MASSIP, Jacques, “La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire”, en *Droit de la filiation et progres scientifiques*.
- MONTES PENADES, Vicente, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, S.A., Madrid, 1998.
- MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1998.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de paternidad legítima, estudio de derecho comparado y derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- UNIVERSIDAD DE DEUSTO, Bilbao, España, 1994.
- VERCELLONE, Paolo, *Tratado di diritto civil italiano*, La Filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet, Torino, Italia, 1987.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de familia*, Tomo II, 2ª. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

Artículos

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

EN MÉXICO. SITUACIÓN Y PROPUESTA.

LUZ DEL CARMEN MARTI DE GIDI *

SUMARIO: Introducción. I. El derecho a la información y el constitucionalismo democrático. II. Similitudes y diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información. III. Dimensiones básicas del derecho a la información. IV. Propuesta de regulación constitucional. Bibliografía.

En este trabajo la autora presenta un panorama del derecho a la información en México, en un momento en que el debate sobre este derecho fundamental ocupa la atención de académicos y legisladores, de cara a una revisión integral de la Constitución Mexicana, y plantea una propuesta de regulación.

Introducción.

En el presente artículo, pretendo exponer la situación que guarda el derecho a la información en México, así como hacer una propuesta para llenar un vacío que en torno a este derecho fundamental, existe en nuestro país.

En efecto, desde que en 1977 se adicionó el artículo 6º Constitucional con la frase: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, se desató una polémica entre legisladores, académicos, periodistas y funcionarios, que a 24 años de distancia sigue sin resolverse. Ello ha originado, que el déficit en nuestro país en la regulación del mencionado derecho fundamental, nos haga estar en pañales en un tema que ha tenido un amplio desenvolvimiento, incluso en algunos países de Latinoamérica, sin mencionar los Estados Unidos y los países de Europa a los que se hará alusión en el curso del presente trabajo.

Actualmente, en virtud de un cambio en el Ejecutivo de nuestro país, y al arribo al poder de un partido diferente al partido hegemónico, que prevaleció durante más de setenta años, se ha convocado a una consulta para reformar integralmente la Constitución General de la República, dentro de la cual aporté mis ideas, en torno a la regulación al derecho a la información en México, partiendo de la base de que el texto reformado en 1977, en mi concepto, considerando su defectuosa redacción, obstaculizó los buenos propósitos que dicha reforma persiguió.

Tomando en consideración lo anterior, en las páginas siguientes argumentaré que se hace necesario distinguir, la tradicional libertad de expresión, en sus diferentes vertientes, del derecho a la información, o libertad de información, términos que trataré de delimitar, proponiendo su reglamentación, en forma separada, en el texto constitucional, para darles

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

su perfil a cada uno, de acuerdo a la evolución que los mismos han tenido, a lo largo de la segunda postguerra mundial en los países democráticos.

Asimismo, sostendré, que por no haber desarrollado ni doctrinal ni jurisprudencialmente a lo largo de estos 24 años el mencionado derecho a la información, el texto constitucional debe ser redefinido, privilegiando su característica como derecho fundamental, esencial e irrenunciable de la persona humana, conceptualizándolo también como derecho institucional, incluyendo las garantías instrumentales que le doten de plena eficacia.

Por último, tomando en cuenta los instrumentos internacionales que México ha suscrito, y que en virtud del artículo 133 Constitucional se consideran derecho interno, propondré una reforma constitucional, que incorpore los elementos de derecho interno y los de derecho internacional en materia de derechos fundamentales, como primer paso en la consolidación de uno de los derechos que actualmente merecen nuestra atención prioritaria, y posteriormente, y en forma paulatina, el desarrollo de todos los aspectos que comprende, cuya temática excede los límites del presente artículo.

I. El derecho a la información y el constitucionalismo democrático.

El reconocimiento de los derechos fundamentales es una de las conquistas de las revoluciones liberales. Recordemos que en Francia en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se decía que aquella sociedad en que la división de poderes no esté establecida ni los derechos fundamentales reconocidos, aquella sociedad carece de Constitución. Algo similar ocurrió en los Estados Unidos, en la Declaración de Independencia.

Las libertades de expresión y de información, en un principio, se presentaron como el derecho al libre pensamiento y a la libertad de expresión. En una primera fase del constitucionalismo liberal, estas libertades fueron entendidas de manera conjunta, en forma de derechos subjetivos públicos frente al Estado como libertad de expresión y libertad de prensa, como lo hace la Constitución Norteamericana en la 1ª enmienda en 1791, que contiene esta última y a la manera de las constituciones clásicas, se da por supuesto que comprende ambos derechos: libertad de expresión y libertad de información.

En las Constituciones europeas de la post guerra: Italia, Bonn, la de la IV República francesa, por ejemplo, y en general las de los finales de los 70s incluyen estos derechos en su doble vertiente de derecho a la libre expresión (que comprende aportar conceptos axiológicos) y la libertad de información (que consistiría en comunicar hechos, elementos fácticos). En Iberoamérica podemos mencionar a: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, España, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, Perú y Venezuela.¹

El significado que contiene esta doble dimensión, radica en que estos derechos fundamentales tiene una doble tradición jurídica: la primera, se basa en la tradición liberal y democrática; la segunda, en una tradición jurídica entre guerras adoptada por la

¹ Sobre este tema consultar José Carreño Carlón y Ernesto Villanueva, coord., *Temas Fundamentales de Derecho de la Información en Iberoamérica*, Editorial Fragua y Ediciones de la Universidad Iberoamericana, México, 1998; y Humberto Nogueira Alcalá "El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coord., *Derecho a la Información y derechos humanos. Estudios en Homenaje al Maestro Mario de la Cueva*, Serie Doctrina Jurídica no. 37, UNAM, México, 2000.

Constitución de Weimar, que las introduce como garantías sociales, garantías derivadas del Estado social surgido de la segunda postguerra.

Fruto de esta doble tradición jurídica, se distingue entonces: a) Los derechos fundamentales de libertad de expresión y libertad de información son derechos subjetivos públicos; y b) Esos derechos subjetivos públicos tienen un contenido objetivo, también llamado en la doctrina española, institucional.

En la dimensión subjetiva pública, producto de la tradición liberal democrática, estos derechos son exigibles frente a los poderes públicos, aparecen con el nacimiento del Estado libre y democrático y de las Constituciones.

En lo que toca al derecho fundamental que estudiamos, el derecho a la información dentro de su dimensión subjetiva pública tiene dos aspectos: a) La persona frente a los poderes públicos; b) La persona frente a los particulares.

El derecho a comunicar información, no es únicamente patrimonio de los periodistas o de los poderes públicos: cualquier ciudadano es titular del derecho a comunicar información, en este caso, se puede ser titular activo de ese derecho, en las relaciones jurídicas privadas. Cualquier persona se considera sujeto activo del derecho a la información, siempre y cuando posea información que pueda ser de interés público. La actuación del Estado, en este caso, debe ser de abstención, a la manera de las libertades clásicas.

Lo que le daría una connotación especial, sería el hecho de que la información se difunda en un medio de comunicación, impreso o audiovisual y que contribuya a la formación de una opinión pública libre, si los hechos son noticiosos o no. Se considera, como veremos más adelante que la formación de una opinión pública libre, contribuye al pluralismo democrático.

En una segunda dimensión jurídica, tales derechos fundamentales tienen un contenido objetivo, un contenido institucional, que no es otra cosa, que tales derechos fundamentales en un Estado democrático, sin perjuicio de que sean reconocidos por las Constituciones frente a los poderes públicos, tiene un contenido tan permanente, como pudieran tener las instituciones de cualquier otro tipo: por ejemplo las legislativas.

Significa que los derechos fundamentales son imprescindibles e irrenunciables, no pueden ser ignorados por la Constitución, o ser regulados de manera limitada. Este valor institucional u objetivo de los derechos fundamentales, es la señal de identidad de un Estado democrático, que conlleva a garantizar jurisdiccionalmente, la seguridad de su plena eficacia jurídica.

Por lo tanto, al hablar de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, de su dimensión objetiva, se quiere significar que el derecho fundamental deja de serlo, si no va acompañado de una regulación específica, que garantice su eficacia, y la indisponibilidad del legislador ordinario, del contenido esencial de los mismos, plasmada en la Constitución (es lo que en la dogmática europea, alemana y española principalmente, se conoce como el contenido esencial de los derechos).

El propio Estado democrático debe establecer mecanismos, para que la vigencia de esos derechos sea plena y efectiva, en otras palabras, debe contemplar la garantía instrumental del derecho. Por ejemplo, si la Constitución protege el derecho a una justicia pronta y expedita, se debe legislar sobre el derecho a acudir un juez ordinario, derechos dentro del procedimiento, derecho a una resolución, derecho a una sentencia; legislar sobre el procedimiento y la organización judicial; esas serían las garantías instrumentales del derecho a la justicia.

Sobre los derechos fundamentales como derechos o garantías institucionales, sostiene Juan José Solozabal Echavarría:

Pero lo que caracteriza sobre todo la visión institucional de los derechos fundamentales es el sentido de la intervención en el régimen de los mismos del legislador. El legislador, al establecer, por medio de su regulación, el régimen del derecho fundamental en sus aspectos básicos, establece la conexión entre la idea maestra del mismo, contenida sumariamente en la Constitución, y el plano de la realidad de los órdenes concretos en que consisten los derechos fundamentales. El legislador es la instancia que media entre la proclamación abstracta del derecho fundamental y su vigencia efectiva en <objetivas relaciones de vida>. Los derechos fundamentales, así comprendidos, se refieren a relaciones o ámbitos vitales concretos regulados por un complejo de normas, encabezados por la idea del derecho fundamental, expresada constitucionalmente, pero que necesita de aplicación o concreción normativa a cargo de legislador principalmente.

El legislador ha de procurar que, en virtud de la adaptación del derecho fundamental a las relaciones vitales, pueda ser ejercido por todos; sólo así, señala Häberle, se da efectividad a los derechos fundamentales y se permite desarrollar a la Constitución su fuerza normativa. De este modo se logra la actualización continua del derecho fundamental a la esfera del ser, a las condiciones efectivas de la sociedad.²

El derecho a la información adquiere dimensión objetiva, cuando aquélla se expresa a través de los diferentes medios de comunicación que funcionan u operan en la sociedad, y que se encuentran regulados por las leyes. Me refiero en este caso a la radio, la prensa y la televisión.

Por lo que toca a nuestro país, esa normatividad no debería comprender solamente la manera en que esos medios de comunicación pueden funcionar, sino además regular, el libre acceso de las personas a la información pública, la protección que debe otorgarse a los datos personales que se encuentren en archivos públicos y privados, la cláusula de conciencia de los periodistas, la regulación del secreto profesional, entre otros aspectos.

También convendría incluir, garantías instrumentales respecto de los derechos del público, es decir, del destinatario del derecho de la información, que contenga determinadas obligaciones para quien comunica, respecto del que la recibe. Dentro de los derechos del público,³ se recomienda implementar un estatuto jurídico garantista, que proteja a la persona humana, y a sus derechos como parte de un grupo. Se deben buscar mecanismos de protección de los derechos del destinatario de la información, dentro de ellos se pueden mencionar: el derecho de rectificación o de réplica, los derechos de la niñez y de la juventud (publicidad, horarios, por ejemplo), regulación en cuanto a concentración de medios, entre otros.

Ni la empresa privada dueña de los medios de comunicación, ni el poder público, deben concebir la información como equivalente al derecho de propiedad. La información, actualmente, no puede ser equiparada a un libre mercado de las ideas (market place

² Juan José Solozabal Echavarría, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 32, Madrid, España, 1991, págs. 94 y 95.

³ En relación a este tema consultar a Ignacio Villaverde, *Los derechos del público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

doctrine), existe la necesidad de establecer garantías instrumentales para proteger los derechos del público, mediante regulaciones como las señaladas en el párrafo anterior.

Por todo lo anterior, se justifica hablar de un derecho a la información, como un derecho autónomo, distinto de la libertad clásica de expresión, que es un derecho fundamental, y que necesita ser garantizado en México en una forma subjetiva, pero además objetiva o institucional, a la manera en que se regula en España⁴, por ejemplo, mediante garantías instrumentales que garanticen, incluso jurisdiccionalmente, la seguridad de su plena eficacia jurídica, como lo es el juicio de amparo, en donde los tribunales federales se pronuncien sobre la constitucionalidad de este derecho fundamental, y la jurisprudencia vaya marcando la pauta, como de hecho ha sucedido, en otros países, incluso latinoamericanos, como Chile, Colombia o Argentina⁵, por citar algunos.

Desafortunadamente, por la defectuosa redacción actual del artículo 6° de la Constitución Mexicana, ha habido tesis de la Suprema Corte, en que incluso se ha negado el carácter de garantía individual o derecho fundamental al derecho a la información.⁶

II. Similitudes y diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información.

En principio, podemos afirmar que estas dos libertades, de expresión e información, son dos derechos que poseen afinidades, pero un contenido distinto. Cronológicamente, surge en primer lugar la libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, así como en la Constitución de las Colonias Americanas, como una prolongación de la libertad de pensamiento y libertad ideológica, a ella se habían referido ya en sus obras Alexis de Tocqueville en Francia y John Stuart Mill en la Inglaterra del siglo XIX. En este primer estadio de la comunicación, en que ésta era de forma interpersonal, esta garantía, llamada también libertad de opinión bastaba; cuando se inventa la imprenta, se hace necesario añadir la libertad de imprenta. Un tercer estadio dentro de la evolución de estos derechos, lo encontramos a partir de 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 19 incluye la libertad de recibir, investigar y difundir información por cualquier medio de expresión.

Entre sus afinidades podríamos mencionar: a) se trata de derechos de libertad, es decir, de derechos que requieren de una abstención por parte del poder público, para su disfrute en forma de derechos subjetivos públicos; b) en un Estado social y democrático, requieren de éste una actitud positiva, para facilitar a los ciudadanos la formación de opinión, y la obtención de la información que posibilite la formación de la opinión pública; c) el ejercicio de estos derechos es imprescindible para configurar una opinión pública, que

⁴ Sobre este tema consultar Marc Carrillo López, *Límites a la libertad de prensa en la Constitución de 1978*, Ediciones PPU, Barcelona, 1987, Lluís de Carreras Serra, *El régimen jurídico de la Información*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, Luis Escobar de la Serna, *Derecho de la Información*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, Bell Mallen, et. al, *Derecho de la Información I, Sujetos y Medios*, Editorial Colex, Madrid, 1992.

⁵ Consultar la ponencia al respecto de Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, (coord.), *El derecho a la Información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, UNAM, México, 2000.

⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, agosto de 1992, tomo X, pag. 44.

será libre en la medida en que se garantice su ejercicio, y contribuya al pluralismo democrático.

Entre sus diferencias, mencionaré que el contenido de la libertad de expresión es la manifestación de ideas, opiniones, creencias, o juicios de valor, mientras que el contenido del derecho a la información, de acuerdo a la doctrina, está constituido por hechos, noticiables, cuyo elemento esencial sea la veracidad.

Al respecto, el tribunal Constitucional español ha sostenido:

En el artículo 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar
versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión.⁷

Otra diferencia digna de mencionarse, son sus límites, menores en el caso de la libertad de expresión, en que el límite consiste en que las expresiones que se transmitan no tengan un carácter injurioso; ya que en ese caso, se trataría de un conflicto entre dos derechos, como lo sería el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar ya que como hemos sostenido, ningún derecho fundamental es absoluto.⁸ Por falta de espacio, en colaboraciones subsecuentes, abordaré el tema de los límites.

En lo que toca al derecho a la información, tiene como elemento esencial, que la información transmitida sea veraz, y esta veracidad consiste, de acuerdo al Tribunal Constitucional Español:

Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.⁹

En nuestro país, tanto la libertad de expresión como el derecho a la información, se encuentran contemplados en el artículo 6º Constitucional;¹⁰ de acuerdo a lo apuntado líneas

⁷ Francisco J. Bastida Freijedo e Ignacio Villaverde Menéndez, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación*, Anuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pág. 73.

⁸ Luz del Carmen Martí de Gidi, “El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar en la Constitución de Veracruz”, en *Revista Reflexiones Jurídicas*, no. 2, Xalapa, 2001, pag.19 y sigs.

⁹ Bastida Freijedo, op. cit. Pág. 73.

¹⁰ Sobre los antecedentes de estos dos derechos ver en Ernesto Villanueva, *Régimen Jurídico de las libertades de expresión e información en México*, UNAM, México, 1998, pag. 23 y sigs. y Sergio López

arriba, resulta válido proponer que ambos derechos se desarrollen en artículos diferentes, siendo deseable que en el artículo 6ª se regule la libertad de expresión y libertad de imprenta, ahora regulada en el artículo 7ª constitucional, y se traslade el derecho a la información al actual artículo 7º, en el cual se contengan las tres vertientes que, de acuerdo a los instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito, lo integran: derecho de todo individuo a recibir, investigar y transmitir hechos dotados de trascendencia pública. De este contenido trataré en el siguiente apartado.

III. Contenido básico del derecho a la información.

En 1977, se adicionó el artículo 6ª constitucional, que contenía la tradicional libertad de expresión y sus límites, un segundo párrafo que dice “ El derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Es válido afirmar, que la libertad de información es relativamente nueva, pues se incluye por primera vez, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 19: “ Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de opinión; 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”. Igualmente aparece en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹¹ en su artículo 19.2 : “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 a su elección”; texto que es reproducido por el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprenden 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”.

Estos instrumentos son parte de nuestro orden jurídico interno en virtud del artículo 133 Constitucional que establece que los tratados internacionales firmados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado son la “Ley suprema de toda la Unión”.

De acuerdo con López Ayllón:

El “derecho de la información” es un concepto doctrinal que se refiere al estudio y sistematización de las disposiciones jurídicas positivas en materia de información. Por definición incluye, pero no se agota, en el estudio de las libertades de recibir, buscar y difundir informaciones y opiniones. Aunque los esfuerzos se han multiplicado en los años recientes, este derecho es todavía incipiente, pues aún no se ha elaborado un cuerpo organizado de principios que permita sistematizar el estudio de las normas jurídicas en materia de información.¹²

Ayllón, *Derecho de la Información*, Panorama del Derecho Mexicano, Serie Jurídica, Mc Graw Hill, México, 1997, pág. 7 y sigs.

¹¹ Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fueron aprobados por el Senado de la República, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 1981.

¹² Sergio López Ayllón, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, *Derecho a la información y derechos humanos, Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, pag. 173.

Se pueden distinguir tres dimensiones básicas dentro del derecho a la información:

- a) La primera, se refiere a la garantía individual o derecho a la información, es decir, al derecho que tiene todo ciudadano para ser titular activo del derecho a la información; en el cual, lo que cualifica al titular del derecho de la información, es el conocimiento directo de un hecho, es decir, ese individuo es el titular de ese hecho noticiable;
- b) La segunda, se refiere a la garantía institucional de la opinión pública libre, factor determinante que garantiza el pluralismo político en una sociedad democrática; el concepto de opinión pública libre se ha desarrollado ampliamente, en España, por la doctrina, al respecto, nos dice el profesor Francesc de Carreras:

-La opinión pública es el parecer o la apreciación sobre una determinada cuestión difundida de manera colectiva y mayoritaria.

-La opinión pública es en sí misma plural, es decir, se compone de opiniones diversas.

-Los temas tratados por la opinión pública son de carácter público, es decir, afectan a la colectividad en la que son expresados.

-La opinión pública es cambiante.

-Las cuestiones sobre las que se manifiesta la opinión pública son controvertidas y han de poder ser debatidas en condiciones de libertad.

-El sujeto activo de la opinión pública es el individuo. Pero la opinión pública no es la suma de las opiniones individuales privadas, sino la suma de las opiniones de los grupos sociales, opiniones que, a la vez, han sido asumidas individualmente por las personas que componen cada grupo.

-La opinión pública se forma en la base de una sociedad, es decir, es la opinión de los gobernados y no de la élite gobernante, si bien pueden coincidir. No obstante, la opinión pública no es espontánea, sino que está mediatizada por los gobernantes, partidos, grupos de presión, líderes de opinión, etc., que a la vez la configuran y la reflejan en los medios de comunicación.

-La opinión pública ha de tener, al menos, la posibilidad y la perspectiva de ser eficaz, de tener una influencia real en los centros de poder de decisión política de un país. Si no hay esta posibilidad, no existe opinión pública, ya que esta falta de eficacia impide que se forme y se desarrolle.¹³

Sobre este tema el Tribunal Constitucional español ha expresado:

....Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de las noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre.¹⁴

¹³ Francesc de Carreras, "Libertad de expresión: un derecho constitucional", en *Libertad de expresión*, Anuario 1990, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1990, pág. 26

¹⁴ Bastida Freijedo, op. cit. pág. 52 y sigs.

- c) La tercera dimensión, es la relativa a la garantía institucional de los medios de comunicación en su ejercicio, a la actividad que el Estado debe realizar para dotarlos de derechos instrumentales que hagan posible la realización óptima de su función de información a la sociedad.

Por lo que se refiere a los sujetos del derecho a la información, éstos pueden ser sujetos activos o pasivos de la misma. En lo que se refiere al sujeto activo, se trata de cualquier persona que posea información que reúna las características arriba apuntadas, es decir, que se considere relevante para la formación de la opinión pública libre, aunque por lo general, asociamos al sujeto activo con el periodista, es decir, con la persona que profesionalmente se dedica a transmitirnos la información.

Mientras que el sujeto pasivo, lo constituyen todas las personas que reciben, o tienen derecho a recibir la información. Este derecho a recibir información se reconoce expresamente, tras la segunda guerra mundial en que se incluye en los documentos fundamentales en Europa, este aspecto del derecho a la información.

De acuerdo al Doctor Nogueira Alcalá, el derecho a la información comprende un complejo de derechos, tanto para quien informa (informador), como para quien recibe la información (informado):

Así en relación al informador se estructuran los siguientes derechos, si se tiene en consideración el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los textos constitucionales de América Latina:

- a) Derecho a investigar y buscar informaciones y opiniones;
- b) Derecho a difundir informaciones de relevancia pública por cualquier medio y opiniones.
- c) Derecho a emitir informaciones u opiniones;
- d) Derecho a no ser censurado ni objeto de restricciones preventivas en forma explícita o implícita, directa o indirecta, a excepción de medidas destinadas a proteger la moral de los menores o adolescentes o en casos de estados de excepción constitucional;
- e) Derecho de acceso a las fuentes de información;
- f) Derecho al secreto profesional periodístico y a la reserva de las fuentes.
- g) Derecho a la cláusula de conciencia;
- h) Derecho al acceso y utilización de los instrumentos y medios naturales o tecnológicos necesarios que permitan emitir las opiniones o informaciones.

Por lo que respecta al informado, éste tiene un complejo de derechos, que fundamentalmente son los siguientes:

- a) Derecho a recibir opiniones e informaciones.
- b) Derecho a seleccionar la información que recibe y los medios a través de la cual recibirla.
- c) Derecho a ser informado veraz y oportunamente.
- d) Derecho a que sea preservada su honra y vida privada.
- e) Derecho a rectificación o respuesta;
- f) Derecho a solicitar la imposición judicial de responsabilidades civiles y penales en los casos determinados por el ordenamiento jurídico.”¹⁵

No obstante que tanto el artículo 19.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han incorporado a nuestro derecho interno a partir de 1980, la falta de

¹⁵ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la Información en el ámbito del derecho comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, op. cit. págs. 21 y 22.

sistematización ha originado que este derecho fundamental a la información no haya tenido el desenvolvimiento jurisprudencial y doctrinario deseable, razón por la cual propongo a continuación algunas soluciones.

IV. Propuesta de regulación constitucional en México.

Dado que se encuentra actualmente en México abierto el debate, para una reforma integral a la Constitución General de la República, y que en mi concepto el derecho a la información no se encuentra regulado de manera que garantice un derecho como el que existe en el derecho comparado, y que corresponda a las expectativas democráticas a las que aspiramos, propongo:

- I. Que el derecho a la información con base en los instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito, sea conceptualizado, y por tanto sea regulado, de manera independiente de la libertad de expresión y de prensa.
- II. Que se adopte la distinción que el derecho comparado europeo e iberoamericano hace entre la libertad de expresión y de prensa y el derecho a la información.
- III. Que se regule en un precepto constitucional las dos primeras libertades (artículo 6°), y en forma separada (artículo 7°) el derecho a la información, como un derecho fundamental, en sus tres vertientes: como garantía individual, como garantía institucional de la opinión pública libre y como garantía institucional de los medios de comunicación, en su ejercicio.
- IV. Que se incluyan en este precepto, claramente, los límites al derecho a la información, cuidando de no entorpecer el ejercicio de este derecho fundamental.
- V. Que se legisle toda la reglamentación necesaria que incluya las garantías instrumentales que le doten de plena eficacia.

BIBLIOGRAFÍA.

BASTIDA FREIJEDO, F., y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Libertad de expresión e información. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

BELL MALLÉN, I., et. al., *Derecho de la Información I. Sujetos y Medios*, Editorial Colex, Madrid, 1992.

CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel, *Derecho a la Información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Serie Doctrina Jurídica núm. 37, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

CARREÑO CARLON, José, y VILLANUEVA, Ernesto, (coord.), *Temas fundamentales de Derecho de la Información en Iberoamérica*, Editorial Fragua y Universidad Iberoamericana, Madrid, 1998.

CARRILLO LOPEZ, Marc, *Límites a la libertad de prensa en la Constitución de 1978*, Ediciones PPU, Barcelona, 1987.

DE CARRERAS, Francesc, “Libertad de expresión: un derecho constitucional”, en *Libertad de Expresión*, Anuario 1990, Universidad de Barcelona, 1990.

DE CARRERAS SERRA, Lluís, *El régimen jurídico de la Información*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la Información*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

LOPEZ AYLLON, Sergio, *Panorama del Derecho Mexicano, Derecho de la Información*, Editorial Mc Graw Hill, Serie Jurídica, México, 1997.

-----*El Derecho a la Información*, Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1984.

-----“El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carpizo, Jorge, y Carbonell, Miguel, (coord.), *El Derecho a la Información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, UNAM, México, 2000.

MARTI DE GIDI, Luz del Carmen, “El derecho al honor y la intimidad personal y familiar en la Constitución de Veracruz”, en *Revista Reflexiones Jurídicas* Núm 2, Xalapa, 2001.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en CARPIZO, Jorge, y CARBONELL, Miguel (coord.), *El derecho a la Información y derechos humanos. Estudios en Homenaje al maestro Mario de la Cueva*, UNAM, México, 2000.

SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 32, Madrid, 1991.

VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen Jurídico de las libertades de expresión e información en México*, UNAM, México, 1998.

-----*Derecho Mexicano de la Información*, Colección Estudios Jurídicos, Editorial Oxford University Press, México, 2000.

VILLAVERDE, Ignacio, *Los derechos del público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

LEGISGRAFIA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones Delma, Decimocuarta edición, México, 1999.

Convención Americana de Derechos Humanos. Aprobada en 1980 por el Senado de la República. Ver en FIX ZAMUDIO, Héctor, *México y las declaraciones de derechos humanos*, UNAM, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie Doctrina Jurídica, no. 18, México, 1999, págs. 223 y sigs.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. de 10 de diciembre de 1948, ver en SEARA VAZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, undécima edición, México, 1986, pág. 473 a 479.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Aprobado en 1980 por el Senado de la República Mexicana. Decreto publicado en el Diario oficial de la Federación de 9 de enero de 1981.

Semanario Judicial de la Federación , octava época, agosto de 1992, tomo X.

Reseñas

RESEÑA.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (Trad. de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Ed, Trotta, Madrid, 1999, 180 pp.

En los últimos años mucho se ha citado a este autor por su publicación *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, difundida entre los países de habla hispana por la misma editorial, en traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros distinguidos juristas y con prólogo de Norberto Bobbio.¹ Tenemos ahora este libro en el cual expone su teoría garantista de manera mas breve y sencilla, enfocándola al ámbito constitucional. Se compone de cinco capítulos, ponencias unos, artículos otros, publicados en Italia durante el período 1993-1998. A pesar de su menor extensión en relación al libro primeramente citado, no tiene renglón de más, su método lógico analítico se muestra en todo su rigor. Es claro a pesar de la complejidad de los temas tratados.

Describiremos el primer capítulo por ser el marco general de la obra. Se trata de una ponencia en la que inicia afirmando la existencia de una crisis del derecho y de la razón jurídica aún en los países de democracia avanzada. Un primer aspecto se da, -dice-como crisis de legalidad expresada en la ausencia o ineficacia de los controles legales a los poderes públicos. Las características de la ilegalidad del poder referidas a su país, Italia, pueden ser encontradas también en el nuestro, posiblemente con mayor extensión e intensidad: corrupción de la política, administración pública, finanzas y economía; progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y de los vínculos y límites que se imponen a los poderes públicos. Un segundo aspecto de la crisis se manifiesta en la falta de adecuación del estado de derecho a las funciones del estado social, lo cual provoca una inflación legislativa por la presión de grupos de interés; pérdida de generalidad y abstracción de leyes; creciente producción de leyes-acto; proceso de descodificación y desarrollo de una legislación fragmentaria, bajo el signo de la emergencia y la excepción (en materia penal el ejemplo en México de esto último es la Ley de Delincuencia Organizada).

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* Ed., Trotta, Madrid, 1995, 991 pp. Va en la 3ª., ed., 1999.

A lo anterior se añade un tercer aspecto surgido por la crisis del Estado Nacional, expresada en el cambio de los lugares de la soberanía, alteración del sistema de fuentes y por lo tanto debilitamiento del constitucionalismo nacional. El autor cita aquí la integración mundial y europea, que desplaza los centros de decisión en materia militar, de política monetaria y políticas sociales. Nosotros identificamos este punto con la situación generada por el Tratado de Libre Comercio del Norte y recientemente por el ingreso a la Unión Europea, así como la repercusión de las decisiones del F. M. I., y el Banco Mundial en los aumentos fiscales o políticas sobre control de natalidad. Esta situación pone en crisis la jerarquía de las fuentes de producción del derecho estatal.

La crisis del derecho, en sus tres vertientes afecta igualmente a la misma democracia, al ser por principio una crisis de legalidad, ocasionando carencias a la soberanía popular y al modelo de estado de derecho. Ferrajoli critica la interpretación hecha a esta crisis, atribuyéndola a la falta de capacidad regulativa del derecho por alta complejidad de la sociedad contemporánea, según afirman algunos exponentes de la sociología jurídica sistémica, por ejemplo Luhmann, quienes sostienen la incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia de los sistemas jurídicos como inevitables, afirmando que “no podrían ser de otro modo”. Ferrajoli clasifica esas teorías como falacias naturalísticas y deterministas, ya que aún reconociendo la importancia de una aproximación realista al derecho y a su funcionamiento se puede caer en lo opuesto, o sea en falacias normativistas o ideológicas.

Afirma nuestro autor que la crisis del derecho se combina con la crisis de la razón jurídica moderna, esa razón que elaboró el modelo del estado de derecho en el siglo XVIII, codificó las múltiples leyes bajo el principio de legalidad, reordenó y reconstruyó la norma en función de los valores de certeza y garantía de los derechos.² Retoma así los ideales de la ilustración como arma de defensa de los derechos fundamentales y sus garantías, los cuáles deben ser reconocidos y protegidos. Sin embargo las teorías elaboradas deben ser reconstruidas aprovechando los dos siglos de avance en el constitucionalismo permitiendo,

² Según Elías Díaz, son cuatro las características atribuidas al Estado de Derecho: (1) imperio de la ley como expresión de la voluntad general, (2) división de poderes, (3) legalidad de la actuación administrativa y (4) la garantía de los derechos fundamentales. Características puestos en cuestión en la actualidad. Cfr. HIERRO, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*. Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 69, 1998, p. 11.

dice, configurar y construir de nueva cuenta un derecho “como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales”.

Perfecto Ibáñez nos recuerda en el prólogo a este libro la expresión de Norberto Bobbio hecha en el prefacio de *Razón y derecho*, al identificar los dos afluentes que nutren la obra de Ferrajoli: el positivismo y la filosofía analítica. Se comprueba esto cuando leemos la explicación dada al concepto de derecho enunciada líneas arriba. Expone una doble artificialidad de la estructura formal del derecho en los ordenamientos de constitución rígida, por una parte el carácter positivo de las normas producidas, pensadas y hechas por el hombre, no derivadas de la moral ni de la naturaleza, por la otra, la sujeción de dichas normas al derecho establecido. Eso es lo que denomina “Estado constitucional de derecho”.

Enfatiza la principal innovación del derecho contemporáneo en la estructura de la legalidad, elaborada por el derecho contemporáneo: “la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”. Al establecerse valores ético-políticos como igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales, se convierten estos en el contenido sustancial del derecho producido, en condiciones de validez. Llega así al modelo garantista, -teoría deducida del análisis del derecho penal y del sistema jurídico penal, entendido como sistema de legalidad-, el cual, gracias a esa doble artificialidad atribuida al derecho, se convierte en garantía frente al derecho ilegítimo. El derecho contemporáneo, insiste, no programa sólo sus formas de producción a través de normas de procedimiento de leyes, sino también sus contenidos sustanciales, los cuales se vinculan normativamente a los principios y valores reconocidos constitucionalmente, a través de técnicas de garantía elaborados por la ciencia jurídica.

Clasifica su postura dentro del neopositivismo en cuatro puntos distintos del modelo clásico: a) dentro de la teoría del derecho realiza la revisión de la teoría de la validez, distinguiéndola de la vigencia y estableciendo una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política reconoce también una dimensión sustancial además de la procedimental a la democracia; c) Redefine el papel del juez, quien debe interpretar y aplicar la ley según nuevas formas y condiciones y d) la ciencia jurídica es investida de una función crítica y proyectiva, además de la meramente descriptiva, dogmática de las leyes.

Explica detalladamente cada uno de los apartados anteriores, primero contrasta sus planteamientos con el de los autores denominados por él paleopositivistas, de Kelsen a Hart y Bobbio para rebatir la identificación entre vigencia y validez y fundamentar la disociación de forma y sustancia, signo y significado, legitimación formal y sustancial, de racionalidad formal y material. La distinción anterior lo lleva a postular, como mencionó antes, también la diferencia entre democracia formal y sustancial, caracterizando los derechos fundamentales como universales e indisponibles, así como inalienables, lo cuál los sustrae del mercado y de la decisión política. Es interesante su observación respecto a no considerar los derechos patrimoniales (propiedad por ejemplo) como fundamentales, por carecer de la primera característica señalada.

La democracia formal indicaría el quien y el cómo de las decisiones, la democracia sustancial el qué es lo que debe ser decidido y qué no puede serlo. La primera está garantizada por normas formales, expresión de la voluntad de la mayoría, la segunda tendría su garantía en normas sustanciales reguladoras del significado de esas decisiones vinculándose, so pena de invalidez, a los derechos fundamentales y a los principios axiológicos establecidos por esa democracia.

La consecuencia del planteamiento anterior es la imposibilidad jurídica de decisión mayoritaria violatoria de un derecho de libertad o no satisfactoria de un derecho social. Se defiende por Ferrajoli la esfera de lo “indecidible que” y lo “indecidible que no”, esfera constituida por los derechos fundamentales, sustrayéndolos de la disponibilidad del mercado y de la política.

Consecuencia de esta nueva estructura del Estado constitucional de derecho es que existirá siempre en mayor o menor grado una ineficacia debida a antinomias y lagunas, las primeras por incoherencia de normas, las segundas por falta de plenitud, según se trate de derechos de libertad o sociales. Los vicios de la incoherencia y falta de plenitud, paradójicamente muestran al Estado constitucional de derecho en oposición al Estado absoluto, en el cuál toda norma vigente es válida sin importar su contenido. Esas antinomias y lagunas podrán reducirse dentro de ciertos límites mediante las garantías, entendidas como “Técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad”. Concluye esta parte afirmando que el

garantismo es una cuestión de grado de los sistemas jurídicos, según los vínculos más o menos establecidos por los derechos y sus respectivas garantías.

La tercera implicación del modelo garantista consiste en la necesidad de reformar el papel de la jurisdicción y fortalecer la legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. La relación entre el juez y la ley se modifica, ya no será sujeción del primero a la letra de la ley, sino sólo a la ley válida. La jurisdicción será garantía del ciudadano frente a la ilegalidad del poder público. La interpretación será valoración del juez, juicio de coherencia entre norma y validez, entre ley así como revisión de la incompatibilidad con las normas sustanciales constitucionales y los derechos fundamentales establecidos ahí.

Encontramos en esta parte la razón del subtítulo *La ley del más débil*, El juez deberá ser independiente y poder reparar las injusticias, tutelar los derechos de un individuo aún cuando la mayoría o todos se unan contra él; “un juez dispuesto a absolver por falta de pruebas aún cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aún cuando esa misma opinión demandase la absolución”. Pensamos aquí en los casos polémicos presentados por los medios de difusión y las encuestas de opinión en México. La independencia del juez y la legitimación del poder judicial tienen dos fundamentos: el valor de igualdad en derechos de todos y la función del juez de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso. En ambos fundamentos la mayoría no cuenta. Comenta la aberración de aceptar las doctrinas consensualistas de la verdad, trasladadas algunas de ellas de otras disciplinas como la filosofía política o moral de Habermas que ha permitido incluir en el proceso penal las negociaciones sobre la pena. Enfatiza que “ningún consenso mayoritario o del imputado puede valer como criterio de formación de la prueba...los derechos del imputado no son derogables ni disponibles...sólo vale la lógica de la inducción”.(para esclarecer la verdad)

Finalmente se refiere a la ciencia jurídica ante el reto de la complejidad contemporánea. Al respecto nos dice que la cuarta y última alteración al modelo positivista clásico es el relativo a la cultura jurídica o de la ciencia y el conocimiento jurídicos. Dos papeles le son asignados ahora por Ferrajoli: crítica y proyección, el primero descubre las antinomias y lagunas existentes y “propone desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas”, del ordenamiento, el segundo “elabora y sugiere desde fuera nuevas

formas de garantías” cuando las existentes son insuficientes, siendo así las normas capaces de reforzar los mecanismos de corrección. Se disminuirá así la incoherencia y falta de plenitud señaladas antes como vicios inevitables del sistema jurídico moderno.

Como remedio al tercer aspecto de la crisis del derecho, consistente en la alteración del sistema de fuentes por el ingreso de leyes de carácter internacional, como sucede por ejemplo en la Comunidad Europea, cuyos organismos ejecutivos emiten decisiones que prevalecen en ocasiones más allá de leyes o constituciones, propone la elaboración de una Constitución europea, evitándose así posibles crisis constitucionales de las democracias estatales. Esta situación es lógica, afirma, dentro de la integración del continente siendo tarea de los juristas y de los grupos sociales, advirtiendo el riesgo de dejar el asunto en manos de los políticos únicamente. Considera igualmente la necesidad de superar la oposición entre derechos del hombre y del ciudadano, lo cual sería posible si surge un constitucionalismo mundial además del europeo.

Esta ponencia del primer capítulo fue presentada en 1993, teniendo en el 2001 actualidad para nosotros si pensamos por ejemplo en la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se suscribió en Roma el 17 de junio de 1998, sujeta su vigencia a la firma de adhesión de 60 estados miembros de la ONU,³ o nuestro reciente acuerdo con la Unión Europea en marzo del 2000. La CPI, reconoce el carácter supra estatal de los derechos fundamentales y preve en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados si se cometen, entre otros, crímenes contra la humanidad. Parafraseando a Dworkin, Ferrajoli enfatiza la urgencia de “tomar en serio los derechos declarados solemnemente en documentos internacionales”. Insiste para ello, como ya se había mencionado en diferenciar los derechos fundamentales del hombre de los derechos de ciudadanía, otrora signos de inclusión o igualación, ahora excluyentes y discriminatorios. Hace siglos el derecho de circulación, de residencia, de migración, sirvieron para legitimar la conquista, colonización y explotación del nuevo mundo y del planeta. Ahora sirven para evitar la molesta inmigración a los países desarrollados.

³ Cfr. CAMARGO, Pedro Pablo, “La Corte Penal Internacional. CPI”, en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Porrúa, num. 1, enero-abril, 1999, pp. 149-243.

Finaliza así su propuesta con marcado optimismo indicando su esperanza y confianza en una ciencia jurídica enlazada a la política del derecho garantista que enfrente el derecho a su crisis y a la complejidad de nuestras sociedades contemporáneas.

MA. DEL PILAR ESPINOSA TORRES.*

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

RESEÑA.

FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la personalidad”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Capítulo 4. Prólogo de Perfecto A. Ibáñez. (Trad. , de Perfecto A. Ibáñez y Andrea Greppi), Madrid, Trotta, 1999, pp. 97-123.

El cuarto de los cinco ensayos y ponencias que integran este libro, resulta a cual mas actualizado para nosotros que sufrimos el problema de la migración hacia y de nuestro país, pareciendo que la cuestión principal resulta del concepto de ciudadanía. Ferrajoli intenta aquí clarificar la cuestión y propone como punto central un constitucionalismo mundial, en el cual los derechos humanos sean universales, transformando las limitaciones impuestas por la ciudadanía a los derechos de personalidad de circulación y residencia. A continuación destacaremos algunos puntos de su trabajo.

Inicia señalando las diferencias entre los enfoques de los estudios sociológicos, sobre todo en la obra de T. H. Marshall y los jurídicos respecto del concepto de ciudadanía. En principio nos dice que no habría ninguna desventaja y si ventajas en enriquecer mutuamente ambos sectores, en lugar de un desconocimiento mutuo de los avances del conocimiento. La problemática se da cuando se invaden los objetos y el horizonte de proyección de cada disciplina. Así nos explica las diferencias que surgen respecto a los derechos humanos y a la ciudadanía.

El concepto sociológico de ciudadanía manejado por Marshall se refiere al status al que se asocian ex lege todos los derechos, o sea tanto los civiles como los políticos y los sociales. El concepto jurídico en cambio, distingue entre status personae (personalidad o subjetividad jurídica) y status civitatis o ciudadanía. Los derechos personales corresponden a todos los seres humanos, en cambio los derechos de la ciudadanía sólo son de quienes tengan esa categoría.

Otra confusión atribuida por Ferrajoli a Marshall en su libro *Citizenship and social class*, es la que atañe al concepto de derechos civiles, generalizado y simplificado. El primer autor nos recuerda que en el ámbito jurídico la clasificación de los derechos civiles origina tres grupos: a) derechos de libertad, desde la libertad personal a de pensamiento, de expresión y de prensa; b) los derechos de autonomía privada, que permiten realizar contratos y actuar ante los tribunales y c) el derecho de propiedad. En este punto los sociólogos no distinguen entre el derecho de ser y convertirse en propietarios, o sea adquirir el derecho de propiedad y el derecho de propiedad mismo. La primera situación según el planteamiento de Ferrajoli sí es un derecho fundamental y universal, la segunda posibilidad se traduce en un derecho patrimonial y particular.

Se presentan otras dos tipologías de los derechos fundamentales igualmente clarificadoras. Por una parte nos habla de aquella que atiende a la estructura deóntica de los mismos, dándose cuatro categorías: derechos civiles, derechos políticos, derechos de libertad y derechos sociales. A las dos primeras las denomina derechos-poderes o derechos de autonomía en la esfera privada y pública respectivamente. Los dos últimos forman los derechos expectativa, negativa unos, positiva los otros, implicando prohibición de

interferencia de los poderes públicos y obligación de prestación. Esta clasificación no tiene nada que ver con la ciudadanía. La segunda tipología distingue entre derechos del hombre o de la personalidad y derechos de la ciudadanía. El criterio diferenciador en este caso es dado por el derecho positivo que nos indica si se otorga a todos los individuos o personas o sólo a los ciudadanos.

En la mayoría de las constituciones, los derechos políticos generalmente son atribuidos sólo a los ciudadanos. Los derechos civiles suelen ser de la persona, pudiendo el ordenamiento positivo reconocer limitaciones o ampliaciones. Los derechos de libertad son casi siempre derechos de la personalidad. Anota el caso de Italia en cuya constitución los derechos de libertad de residencia y circulación (artículo 16) se reserva inexorablemente a los ciudadanos. Los derechos sociales pueden ser en parte de la persona y en parte de los ciudadanos.

Si analizamos la constitución mexicana vemos que los derechos civiles por regla general efectivamente son de la persona. El artículo 1º. Constitucional establece el principio de igualdad, al decir que todos los individuos gozarán de las garantías y es aplicable a los mexicanos y extranjeros. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que a los extranjeros no se les puede vedar absolutamente, por vía reglamentaria, alguna de las garantías constitucionales. Esta resolución es en relación a la Ley de Profesiones del Distrito Federal. (FIX FIERRO, Héctor, *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, 9ª., ed., 1977, p. 7). Son derechos civiles y personales también la libertad de ideas y de información (artículo 6), de escribir, (artículo 7), así como las garantías procesales y penales, (artículos 13, 14, 16, 17, 19, 20, 22 y 24. Se limitan en cambio por la ciudadanía (artículo 33), la libertad de trabajo (artículo 5º) lo mismo que el derecho de asociación si se trata de asuntos políticos (artículo 9) y propiedad (artículo 27). La libertad de circulación y residencia también tiene limitaciones de ciudadanía. (artículos 11 y 33). Los derechos sociales, salvo el derecho a la educación (artículo 3º) se consideran declaraciones de principios programáticos para todas las personas, pero sujetos a la relación laboral y a las posibilidades presupuestarias. Así el derecho a la salud o a la vivienda. (artículo 4º).

Todos los derechos fundamentales con excepción de los políticos fueron proclamados en la *Declaración* francesa de 1789 y en las siguientes cartas internacionales como “universales”, de todas las personas y no sólo de los ciudadanos. No obstante, enfatiza Ferrajoli que se identificaban ambos conceptos entonces y aún hoy para autores como Marshall. Los franceses pensaban en el ciudadano siendo improbable que se realizaran los derechos humanos a personas de otros países y menos del tercer mundo. En nuestros días y he aquí la propuesta innovadora del autor, no se pueden reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano por ser éstos factor de exclusión y desigualdad. Contradice la ciudadanía, insiste, la universalidad de los derechos recogidos en constituciones estatales y declaraciones y pactos internacionales.

Propone “...transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países” (p. 117) a pesar de las complejas consecuencias, afirma que sólo esa presión obligaría a los países, tanto el de origen como el de llegada, a enfrentar decididamente problemas como el de la migración. Nos recuerda como estos mismos derechos se declararon universales y abstractos para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de América, siendo ahora derechos de ciudadanía, exclusivos y excluyentes además de privilegiados.

Reconoce que eso suena a utopía, pero dice: “la historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad”. (p. 119) Se llegaría, concluye, a un constitucionalismo mundial que instituya una ciudadanía universal, superadora de la división derechos del hombre – derechos del ciudadano, reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, como personas, con iguales derechos fundamentales.

Los planteamientos de este ensayo de Luigi Ferrajoli son congruentes y lógicos, sin embargo polémicos por basar sus clasificaciones en conceptos diferentes a los sustentados dentro del positivismo clásico. Parte de un significado de derechos fundamentales caracterizados como universales e indisponibles, para luego reconocer una “universalidad” abarcadora solo de grupos tales como los ciudadanos o a los sujetos con capacidad de actuar. En principio su distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales nos convence, sin embargo afecta toda una tradición de reconocimiento de la propiedad en general como uno de los derechos fundamentales. Por otra parte su propuesta principal implica desterrar de nuestro ser toda discriminación y xenofobia, al igual que el falso nacionalismo. A veces no aceptamos a mexicanos nativos de otro estado o municipio, vemos a los indígenas sólo como vendedores informales, quisiéramos que en Estados Unidos y Europa trataran bien a nuestros paisanos pero no ofrecemos lo mismo a los centro y sudamericanos, independientemente de los graves problemas económicos que resultarían para todos los países que en estos días abrieran sus fronteras sin ninguna limitación. Creo que estamos muy lejos de ser ciudadanos del mundo y admitir a todos los extranjeros como nacionales con los mismos derechos y prerrogativas. La situación a nivel mundial con guerras raciales y religiosas parece mostrar la misma reacción. Se tendría que empezar por mejorar la situación de cada municipio, estado, país, para luego acercarnos a la utopía soñada por el autor.

Ma. del Pilar Espinosa Torres.*

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Dentro de la literatura jurídica existe una variedad de obras escritas con los más diversos estilos y con una temática que van de lo común a lo original y trascendente. El libro de la Doctora en Derecho Rebeca Elizabeth Contreras López pertenece, sin duda, al género de las obras que fueron concebidas desde el ámbito estrictamente jurídico y a lo largo de su desarrollo van gravitando poco a poco, hacia lo social y político. Puede pensarse con justeza que así debería pasar con todas las obras jurídicas que se precien de innovar, la, a veces, estrecha visión dogmática-jurídica, para hacer al final, que todo este aparato normativo, conceptual y filosófico se convierta en un caudal social y ético al servicio del hombre y de la sociedad. El derecho, al fin y al cabo, o es un instrumento al servicio de las causas de los hombres o no es nada.

La trayectoria o giro cualitativo que da la obra en cuestión, va del análisis riguroso de la institución de persona jurídica como sujeto de derecho que desarrolla en los inicios de la obra hasta la problemática que representa esta institución en la época de la globalización en el capítulo final. En la trayectoria, de principio a fin, la autora va desmontando concienzudamente el contenido y el continente de un tema que ahora, después de su lectura, me parece central para juristas, politólogos, sociólogos e incluso para filósofos de la ciencia en su variable jurídica. Veamos.

En el primer capítulo se establece los presupuestos desde los cuales se va a construir la propuesta de la autora. Remonta el concepto de persona colectiva hasta algunas figuras que tuvieron vigencia en el Derecho Romano como la *curia*, el *populus* y los *collegia*. Da a conocer las teorías que debaten en torno a la existencia de la persona colectiva. Presenta el escenario internacional en donde operan empresas transnacionales que es difícil saber quién las dirige, cómo las maneja y porqué las opera así, de tal modo que resulta importante tener los instrumentos legales como leyes, convenios y tratados para combatir el narcotráfico y el lavado de dinero. De aquí deriva el problema central de la obra en cuestión ¿cómo fincarle responsabilidad penal a una persona colectiva? Toda vez, que se está moviendo en un escenario en donde el Estado Nacional no logra controlarla y suele coaligarse en actividades de corrupción y fraude con el poder económico de agentes internacionales.

La fundamentación de las personas colectivas, la refiere la autora, principalmente, al formalismo Kelseniano el cual definió el concepto de persona como una constitución jurídica diferente al concepto de hombre o de ser humano y por lo tanto no existe diferencia entre persona física y persona colectiva, porque al crear un centro de imputación jurídica se le dota de voluntad real y ficticia, posee personalidad y es capaz de actuar en la vida jurídica.

La autora deslinda perfectamente bien la actuación de la persona colectiva de las personas físicas que la integran, revisa las teorías que se ocupan de las personas físicas como la Teoría de la Ficción de Ducroq y la Teoría de Savigny. Repasa las características que tiene la persona colectiva en el estado de Veracruz, específicamente en el Código Civil cuando se refiere a la creación de asociaciones. Se ocupa de su clasificación en asociaciones civiles, sociedad en participación, sociedad mercantil, fundaciones y corporaciones públicas, etc. Establece para la persona colectiva sus atributos principales como son capacidad jurídica, patrimonio, domicilio y nacionalidad. Cuando se ocupa de la responsabilidad penal colectiva lo hace desde la perspectiva dogmática, la inicia con un problema crucial ¿la persona colectiva realiza conducta? Y responde con algo que parece paradójico: no realiza conducta, pero sí es susceptible de actuar en la vida jurídica por ser un centro de imputación de derechos y obligaciones reconocido por el derecho.

La segunda pregunta que se plantea es ¿Se le puede culpar a la persona colectiva? Estas dos preguntas le permiten incursionar en un amplio catálogo de teorías, autores, principios y sistemas jurídicos. Trae a cuento a Fiandaca y Musco, Roxin, Colín Sánchez, Bustos Ramírez, Pavón Vasconcelos, Bunster, Vela Treviño, etc., revisa el derecho anglosajón y el derecho español, analiza el principio de responsabilidad de la intrascendencia de la pena, el principio *nullun crimen sine conducta*, los principios político-criminales de fin de la pena, etc., expone la teoría de los tipos penales, afirmando que han sido elaborados pensando sólo en la persona física como sujeto activo, de ahí que sea necesario la configuración de un nuevo derecho penal que incorpore la figura de la persona jurídica colectiva. Llega a una reflexión acompañada de las reflexiones de Juan Bustos Ramírez, cuando afirma que sí es posible fundamentar la aplicación de consecuencias punitivas para las personas jurídicas a partir de la construcción de una teoría de la participación de la persona jurídica en el hecho delictivo de la persona natural.

Señala la contradicción que existe en algunos códigos de la República Mexicana en donde sólo son responsables las personas físicas, pero a este planteamiento se señalan penas y medidas de seguridad para personas morales. En la legislación española sucede algo parecido a lo que ocurre en México. Solamente en el derecho anglosajón la presencia de las personas jurídicas colectivas es incuestionable, incurrir en responsabilidad penal además de la responsabilidad individual de quienes participen en un hecho delictuoso, la culpabilidad deriva de la responsabilidad social y con base en ello se le aplican sanciones penales.

En otra parte dice la autora que las vías para considerar la responsabilidad de la persona jurídica colectiva es la administrativa. Las sanciones ya no son de carácter penal pero son de naturaleza administrativa, las cuales a veces resultan de mayor gravedad que aquéllas, compara las formas que tienen el

derecho administrativo y el penal para tutelar los bienes jurídicos; señala al ilícito penal como una lesión ética reprochable mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético, valorativamente neutro. Plantea el problema de la doble punición: administrativa y penal, reflexiona sobre el principio de *non bis in dem* estableciendo una diferenciación cualitativa entre ambos derechos. El manejo de todo este aparato conceptual es con la finalidad de llegar a la idea de responsabilidad subsidiaria que es la que tendría la persona colectiva por los ilícitos cometidos por sus empleados. Cuando se ocupa de los aspectos esenciales del delito (conducta, punibilidad y pena) afirma que el comportamiento de una persona jurídica sí podría actualizar algún tipo penal. Por ejemplo, la delincuencia económica, siempre y cuando coloquemos el comportamiento como un aspecto prejurídico y fundamental de la tipicidad. Por lo que se refiere a la culpabilidad, sería necesario considerar que el reproche dirigido a la persona colectiva es de naturaleza social por su actuación y el daño o peligro en que coloca a los bienes jurídicos de la colectividad. Respecto a la sanción, si bien no puede imponerse la pena privativa de libertad a la persona colectiva, sí puede obligarse a la reparación del daño a través de la responsabilidad civil subsidiaria.

Al final del libro, aborda el derecho penal de la globalización, el cual, según la autora, muestra una tendencia a la minimización de garantías, a la flexibilidad en las reglas de imputación, revitalizando las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. La delincuencia de la globalización es de carácter económico, esto significa que la reflexión jurídico penal –dice la autora– tiene por primera vez como objeto de estudio delitos claramente diferentes del paradigma clásico. Se trata de delitos que tiene una regulación legal insuficiente y cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración, de ahí que haya un cambio en cuanto a los modelos de delito, en lugar de homicidio se trata de corrupción, cometido por una empresa que a su vez comete delitos económicos.

Dice la autora que el paradigma del derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad económica empresarial como en la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico y criminalidad organizada. También dice que esta problemática deriva de los crímenes de los poderosos, pone en juego la naturaleza del Estado, porque la posición que asuma determinará la perspectiva autoritaria o democrática que se tenga de él.

En una reflexión final, la autora nos dice cuál fue el objetivo que persiguió al hacer esta exhaustiva investigación: plantear la problemática existente y tratar de explicar y fundamentar la legislación actual que en Veracruz acepta la responsabilidad colectiva.

A manera de colofón, podría decir que el libro está escrito con un lenguaje técnico, directo y objetivo. Sin caracoleos lingüísticos ni requiebros semánticos. Con un estilo literario que suele ser atribuido a los abogados que postulan y que escriben libros sobre temas de su profesión, esto lo digo, como

elogio y no como vituperio. Pero la concisión no significa pobreza de contenidos, la transparencia de las palabras no implica que estén desprovistas de ideas importantes que le dan sentido y dirección al discurso. Por lo demás, la autora hace un uso exhaustivo de toda la gama de la terminología jurídico penal para explicar una temática abundante que no se constriñe a un tema y que fluye interminable, incansable, tenaz y persistente en su afán, bien logrado de esclarecer todo lo que incumbe y se refiere al concepto de persona jurídica colectiva.

Debo señalar que una obra no puede desligarse de la personalidad de su autor y este trabajo que he comentado nos permite advertir que en la Doctora Rebeca Contreras López se perfila claramente una vocación profesional por la investigación del derecho y por el rigor que ésta exige.