

Los derechos en el constitucionalismo mexicano

di Giuseppe Franco Ferrari

Abstract: Rights in Mexican constitutionalism – The essay examines the issue of constitutional rights in the Mexican legal system. From the synthesis of the revolutionary values incorporated in the Constitution, the work presents the problems related to the absence of a formal category of fundamental rights. In this sense, the integrations elaborated by legal scholars are highlighted on the basis of the international Treaties and the legal theories of Europe. The study continues addressing the issue of civil rights and highlights the high level of protection achieved, as well as the influences of the United States Constitution. Special attention is paid to religious freedom and to the discipline of personal liberties. In the matter of political rights, the right to vote is examined and, above all, the right to petition. From the economic and social point of view, the Constitution is characterized by original models and by the particular attention dedicated to natural resources. The introduction of some specific rights for children is also highlighted, as proof of the particularization of rights. Finally, the different treatment between citizens and foreigners is examined, as a result of the fear of foreign influences.

Keywords: Constitution of Mexico; Constitutional rights; Fundamental rights; Civil and Political Rights; Economic and Social Rights.

3537

1. Premisas históricas

La carta magna de 1917 constituye el punto de confluencia de un percurso histórico muy complicado, cuyos intrincados desarrollos se manifiestan en los sesenta años de vida de la Constitución de 1857. Tercera en la historia constitucional mexicana, después de las dos de 1824 y 1857¹, la Carta de 1917, todavía vigente aún que con muchas modificaciones, representa el encuentro de varios antecedentes culturales que van a encontrarse en un momento histórico excepcional, en una horquilla de la historia, como va a pasar muy a menudo.

Los 218 constituyentes, que pasaron la verificación en el número de 240 de los diputados originariamente elegidos, provenían en su mayoría de la nueva clase media que se había formado en los años de la revolución y en los estados bajo el control de los constitucionalistas: de hecho solo uno de ellos procedía de Chihuahua. Intelectuales, profesionales, obreros, artesanos, militares, con la exclusión de los comandantes superiores, elegidos a sufragio universal, pertenecían en gran mayoría a la compuesta formación constitucionalista, que sin

¹ Los textos en Carbonell, Miguel *et al.* (Comps.), *Constituciones históricas de México*, Ciudad de México, Editorial Porrúa /UNAM, 2004.

embargo incluía renovadores moderados, más cercanos a Venustiano Carranza, jacobinos más radicales, independientes. El acercamiento al derecho constitucional no podía ser que sincretístico, no solamente en cuanto a la forma de gobierno, si no también en materia de derechos. Los intereses representados en la coalición constitucionalista eran tan diferentes que su composición y mediación implicaba un esfuerzo de declinación de muchos derechos y al mismo tiempo de formulación bastante ambigua y amplia, para que fuese posible dejar a los futuros legislativos la opción entre una actuación más o menos completa de los preceptos constitucionales.

La variedad de intereses representados reflejaba el conjunto de aspiraciones difundidas en la nación, como por ejemplo la emancipación de campesinos y de razas indígenas, el problema de la Iglesia², la defensa de la propiedad privada de la tierra, la introducción de su función social y la sobrevivencia de los ejidos³, la autosuficiencia financiera⁴, la independencia del poderoso vecino norteamericano⁵, que en el mismo mes de enero de 1917 estaba presente en el territorio nacional con la misión Pershing, retirada solamente pocos días antes de la conclusión de los trabajos constituyentes bajo la dirección de Luis Manuel Rojas, el 31 de enero. Además, la Asamblea tenía que utilizar el sincretismo de intereses y de valores como plataforma de ideales para la institucionalización de la idea de revolución, verdadera fórmula mágica del derecho político mexicano. Y los ideales revolucionarios tenían que vaciar de contenido el zapatismo y el villismo⁶. Para conseguir una razonable idea de revolución, había que poner juntos elementos culturales y políticos de procedencia mixta, elaborando una integralmente nueva definición de las relaciones entre estado y sociedad. Eso implicaba la fusión de tradiciones reformistas juaristas, de aspiraciones maderistas⁷, de liberalismo científico del porfirismo⁸, con la sola exclusión de todo lo reconducible a Valeriano

² R. Cannelli, *Nazione cattolica e Stato laico. Il conflitto politico-religioso in Messico dall'indipendenza alla Rivoluzione*, Milano, Guerini e Associati, 2002; De Giuseppe, Massimo, *Messico 1900-1930: Stato, Chiesa, popoli indigeni*, Brescia, Morcelliana, 2007; Butler, Matthew (Ed.), *Faith and Emptiness in Revolutionary Mexico*, New York, N.Y., Palgrave Macmillan, 2007.

³ A. Gilly, *La Revolución interrumpida, Mexico 1900-1920. Una guerra campesina por la tierra y el poder*, México, El Caballito, 1971; H. Crespo, *Tierra y hacienda en México*, 3 vols., México, 1986, y el clásico F. Tannenbaum, *The Mexican Agrarian Revolution*, Washington, D.C., The Brookings institution, 1929.

⁴ E. Zebadúa, *Banqueros y revolucionarios. La soberanía financiera de México 1914-1929*, México, Colegio de México, 1994.

⁵ P.E. Haley, *Revolution and Intervention. The Diplomacy of Taft and Wilson with Mexico*, Cambridge, Mass., M.I.T. Press, 1970.

⁶ F. McLynn, *Villa e Zapata. Una biografía della Rivoluzione messicana*, Milano, Il Saggiatore, 2003; Jr. J. Womack, *Zapata and the Mexican Revolution*, New York, N.Y., Vintage Books, 1968; C.C. Clendenen, *The United States and Pancho Villa. A Study in Unconventional Diplomacy*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1961.

⁷ S. R. Ross, *Francisco I. Madero. Apostle of Mexican Revolution*, New York, N.Y., Columbia University Press, 1955; C.C. Cumberland, *Madero y la Revolución Mexicana*, México, Siglo Veintiuno, 1984.

⁸ D. Cosío Villegas, *Historia moderna de México. Vida política exterior*, México, Hermes, 1963; P. Garner, *Porfirio Díaz. Del héroe al dictador. Una biografía política*, México, Planeta, 2003; R. Winer, *Race, Nation and Market: Economic Culture in Porfirian Mexico*, Tucson, Arizona, The University of Arizona Press, 2003.

Huerta⁹ ¹⁰. La síntesis de los valores de la Revolución era la idea renovada de nación, que en aquel momento histórico podía por primera vez tener en cuenta problemas como la relación con el resto del mundo ibero-americano, del que México se proponía como guía, con los Estados Unidos, cuyo comportamiento hacia la protección mexicana de los recursos naturales nacionales no podía ser demasiado amistoso¹¹. Ya desde 1915 en el famoso discurso de Matamoros¹² había evidenciado la conexión entre soberanía nacional, política exterior, respeto recíproco entre las naciones y derechos individuales de libertad, y recojó este concepto en otro celebrado mensaje presidencial al Congreso el 1º de diciembre de 1918.

En pocas palabras, la síntesis de la Constitución coincide con el nacimiento de la nación en el contexto internacionalizado del primer conflicto mundial y asume un sentido identitario que compendia la revolución y la transforma en un hecho permanente, inclusivo, no falta de contradicciones, pero original. Es precisamente el contexto histórico lo que plantea problemas de interpretación de los derechos de libertad, cuya vocación es tendencialmente absoluta y absolutizante y que se prestan mucho a mediaciones con intereses contingentes, aún que ese carácter se haya descubierto con plena claridad en épocas posteriores. La asimilación de la cultura de los derechos tuvo, en la contingencia de la conclusión de la fase aguda de la revolución, la oportunidad de contribuir a forjar el ideal de patria, o mejor fue el catalizador del mismo ideal¹³. Por otro lado, cargó el concepto de derechos de significados heterogéneos, y autorizó interpretaciones flexibles de las normas concernientes los derechos, no perfectamente reconducibles

⁹ En la enorme literatura sobre revolución y constitución merece nombrar por lo menos el clásico F.F. Palavicini, *Historia de la Constitución de 1917*, México, Gobierno del Estado de Querétaro, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación, 1938, 2 vols.; J. Meyer, *La Révolution mexicaine 1910-1940*, Paris, Tallandier, 1973; A. Knight, *The Mexican Revolution*, 2 vols., Cambridge, University of Nebraska Press, 1986; B. Ulloa, *Historia de la Revolución mexicana. 1914-1917, La Constitución de 1917*, México, El Colegio de México, 1988; A. Córdova, *La ideología de la Revolución mexicana: La formación del nuevo régimen*, México, Era, 1973.; L. Barrón, *Historias de la Revolución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, 2ª ed.; I. Marván Laborde (Ed.), *La Revolución mexicana 1908-1932*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

¹⁰ M.C. Mayer, *Huerta. A Political Portrait*, Lincoln, Neb., University of Nebraska Press, 1972.

¹¹ De hecho parece que el Congreso en el año 1918, por mano más del grupo parlamentario republicano del Senado guiado por Albert Fall que del Presidente Wilson, manifestase inquietud para el aumento de producción de petróleo estadounidense necesaria después de la intervención en la primera guerra mundial, frente a la neutralidad decidida para México por Carranza: v. J.C. Brown, *Oil and Revolution in Mexico*, Berkeley, Cal., University of California Press, 1993. La crítica estadounidense de socialismo contra el artículo 27 de la nueva Constitución no tardó, una posible invasión, por lo menos de la región de Huasteca, fue imaginada y fue posible cuando un decreto de Carranza quiso aplicar retroactivamente el principio de propiedad nacional de los pozos. V. L. Meyer, *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero. 1917-1942*, México, El Colegio de México, 1968, pp. 107 ss. y L.B. Hall, *Oil, Banks and Politics: The United States and Postrevolutionary Mexico, 1917-1924*, Austin, Tex., University of Texas Press, 1995.

¹² V. A. Córdova, *op. cit.*, pp. 495 ss.

¹³ V. por ejemplo M. Gamio, *Forjando la patria*, México, Librería de Porrúa Hermanos, 1960 y más recientemente R. Bejar, H. Rosales (Eds.), *La identidad nacional mexicana como problema político y cultural. Los desafíos de la pluralidad*, Cuernavaca, UNAM, 2002.

a las doctrinas norteamericanas y europeas, todavía en desarrollo después de la primera guerra mundial y la República de Weimar.

2. La fundamentalidad

La Constitución mexicana no contiene definiciones positivas del concepto de fundamentalidad ni una lista de derechos formalmente definidos fundamentales. Ni siquiera la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha nunca tratado de formular alguna teoría orgánica de posición preferente para derechos seleccionados, como la Corte Suprema norteamericana¹⁴. En otras palabras falta una categoría formal de derechos fundamentales al estilo alemán o al norteamericano.

Sin embargo la doctrina¹⁵ ha tratado de desarrollar un concepto de fundamentalidad desde una análisis sistemática de varias disposiciones del texto constitucional, después de haber distinguido entre varios planes de debate - el de la teoría de la justicia o de la filosofía política, el de la teoría del derecho, el de la sociología o de la sociología del derecho - elaborando sobre y disfrutando de los mejores o más conocidos trabajos europeos, como los de Garzón Valdés, Bernal Pulido y Prieto Sanchís, de Ferrajoli, Zagrebelsky y Guastini, de Alexy y Hesse¹⁶. Una mezcla de teorías, institucional, axiológica, democrático-funcional, de estado social, son aplicadas para llegar al resultado de la posibilidad de configurar en México también derechos fundamentales. Las posibles fuentes son en primer lugar normas constitucionales, como por ejemplo el art. 31 que se refiere a “las obligaciones de los mexicanos” o el art. 35, que menciona “las prerrogativas de los ciudadanos”, o el art. 135 con referencia a los derechos de los trabajadores. Considerando, por otro lado, la misma rigidez constitucional, incorporada en México en el art. 135 bajo los perfiles del procedimiento y del órgano competente a la revisión constitucional, la protección garantizada por el juicio de amparo, a pesar de la restricción en entrada debida al agravio impuesto al demandante por el art. 107.2¹⁷, la existencia de la Comisión Nacional de los derechos humanos como agencia independiente de los poderes políticos, impuesta por el art. 102¹⁸ y ayudada por autoridades análogas a nivel estatal, la pertenencia de México al sistema interamericano de derechos humanos creado con la Convención de San José¹⁹, muchos autores pueden hablar de derechos fundamentales como si su positividad fuese pacíficamente consolidada en términos formales²⁰. Los tratados

¹⁴ Cfr. H.J. Abraham et al., *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford-New York, 8ª ed., Oxford University Press, 2003.

¹⁵ Por ejemplo M. Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, 2004.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 3 ss.

¹⁷ V. por todos H. Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2ª ed., UNAM, 1999.

¹⁸ V. por todos J. Carpizo, *Derechos humanos y ombudsman*, México, 2ª. ed., UNAM, 1998.

¹⁹ Sobre este asunto una buena síntesis en S. García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.

²⁰ V. por ejemplo M. Carbonell (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, UNAM, 2002; Id. (Coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002; Id., *Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana: una crítica y una propuesta*; ahora también J.M. Serna de la Garza,

internacionales pueden ser también utilizados, por lo menos después de que la Suprema Corte ha superado su precedente jurisprudencia que los ponía en el mismo nivel de jerarquía de las leyes federales²¹ para llegar a la conclusión de que “los tratados internacionales se encuentran en segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y local”, según una interpretación más internacionalista del art.133.

No hay duda de que el fascino de las sistemáticas constitucionales alemanas y españolas y de ciertas populares construcciones filosófico-jurídicas italianas haya desplegado una influencia muy importante en convencer a muchos investigadores a pasar desde la protección de los derechos humanos, según preceptos internacionales transpuestos en el derecho constitucional doméstico a través de precisas cláusulas constitucionales y con efectos determinados, a una positivización de derechos fundamentales, que en la Constitución mexicana no parecen encontrar formal reconocimiento. La jurisprudencia constitucional italiana también, y un fracción de la doctrina, han preferido “fundamentalizar” algunos derechos estrictamente vacíos de esa calidad, que la Constitución italiana reserva sólo al derecho a la salud (art.32). Los años han demostrado que una “promoción” de derechos a una condición en apariencia jerárquicamente superior, por lo menos en un sistema constitucional que no incluye ni la calificación ni un método o una justificación para introducirla, no resuelve problemas, si no los crea: por ejemplo, exige que los intérpretes expliquen los resultados concretos de la operación, en términos de papel del legislador como intermediario interpuesto en la actualización del derecho o de formas preferenciales de protección del mismo derecho. Si, como en el caso italiano del derecho a la vivienda (art.47), no se entienden las consecuencias de la fundamentalización, entonces se puede pensar que la doctrina o hasta el juez constitucional haya hecho concesiones a la retórica. Hasta en el “neoconstitucionalismo”²², que impone la rematerialización constitucional, la aplicación directa de la Constitución y su garantía jurisdiccional, el favor para la desaplicación de normas primarias internas frente a convenciones internacionales o preceptos sovranacionales, es dudable de que se pueda utilizar los valores que permean la Constitución para crear categorías nuevas, cuya existencia debe corresponder a contenidos de alguna importancia.

The Constitution of Mexico. A Contextual Analysis, Oxford-Portland, Ore., Bloomsbury Publishing, 2013; pero v. F. Tena Ramirez, *Derecho constitucional*, 34ª ed., Editorial Porrúa, 2001.

²¹ Por ejemplo amparo en revisión 2069/91.

²² Mejor no atreverse a entrar en la controversia sobre la paternidad y los valores centrales del concepto, que parece encontrar sus raíces en la escuela filosófico-jurídica de Genova y haberlas desarrolladas en profundidad en España y en México también: P. Comanducci, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*, en Id, M.A. Ahumada, et al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 87 ss.; pero v. también M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2010, y L. Prieto Sanchíz, *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

3. Los derechos civiles

La disciplina de las libertades negativas, o derechos civiles, contenida en el texto originario de la Carta magna se puede definir como bastante avanzada para los tiempos de su aprobación. La lista de derechos reconocidos, la calidad y extensión de la protección de cada derecho, y hacia la densidad normativa de las disposiciones constitucionales se ponen sobre el nivel de las constituciones europeas de la generación liberal, o sea de antes de la primera guerra mundial. Muchas garantías introducidas en la Constitución alcanzan un nivel al que varias constituciones europeas llegarán solamente después del conflicto, en los años 1919-1922, y a veces en la segunda mitad de los años '40.

Es posible que el ejemplo de la tradición norteamericana haya afectado el pensamiento de los constituyentes mexicanos, a pesar de la histórica aptitud de recíproco sospecho y del temor mexicano de invasiones, de explotación de recursos naturales y de ocupación de territorio por parte del vecino del norte. Normas como las de los artículos 26 (antes de su amplia revisión de 1983) y 10, en cuanto a alojamiento de militares en inmuebles privados o a la propiedad o al poseso de armas “de cualquiera clase”, o también las garantías muy articuladas del juicio del orden criminal (art.20) tienen alguna relación con las correspondientes enmiendas del Bill of rights estadounidense y sus elaboraciones jurisprudenciales. Muchas otras tienen raíces más originales y conectadas con peculiares experiencias nacionales, como las que se refieren a la enseñanza y al régimen de las escuelas (art.3) o las que conciernen la libertad religiosa en sus varias manifestaciones (art.24).

La prohibición de la esclavitud (art.1, actual párrafo 2), puesta en cima del catálogo constitucional de las garantías, también parece tener independencia conceptual e histórica y brotar de varias experiencias nacionales: no es por casualidad que en 2001 el mismo artículo haya sido elegido para una amplia revisión finalizada a la, quizás tardiva, protección de los pueblos indígenas y a las obligaciones de los poderes públicos hacia los nativos: la colocación de las integraciones se inserta perfectamente en el tejido constitucional según su diseño originario. La doctrina acostumbra fundar este derecho sobre los textos clásicos de filosofía política y darle contenido concreto mediante la jurisprudencia de la Corte penal internacional concerniente el art.7.2 de su Estatuto²³.

La libertad de enseñanza, en la versión originaria, estaba formulada en único concepto con el régimen complejo de la educación y por lo tanto incluía criterios ordenamentales generales junto a verdaderos derechos sociales. En cuanto al primer grupo, el constituyente afirmó la libertad de enseñanza, pero sin aclarar si se refería a la de los maestros y profesores o a la de los fundadores de escuelas privadas. El principio de laicismo, reportado a los establecimientos oficiales como a los individuales, con la prohibición a corporaciones religiosas y ministros de culto de fundar o dirigir escuelas primarias, hace pensar que entendiéndose hablar del derecho de iniciativa emprenditorial en el sector educativo. A la misma clase de

²³ M. Carbonell, *Los derechos fundamentales ...*, cit., pp. 323 ss.

disposiciones pertenecían la vigilancia oficial sobre las escuelas particulares, según lo que se define normalmente el modelo belga de concurrencia de los sectores privado y público bajo el control ministerial²⁴ (art.3, párrafo 2) y la gratuidad de la enseñanza primaria (párrafo 3), que puede configurarse como derecho social. Las versiones de 1934, con la conformación socialista de la educación y la preclusión a fanatismo y perjuicios, de 1946, con la conversión al desarrollo armónico del ser humano y al progreso científico, han modificado los valores de referencia del sistema educativo en su globalidad sin cambiar el contexto normativo general. Las integraciones de 1980, 1992 y 1993 han introducido normas de carácter organizativo, a inclusión de las que se refieren a las universidades y a las respectivas competencias de Federación, Estados y Municipios y sus aportes financieros, sin tocar el perfil de la libertad de enseñanza²⁵. La doctrina²⁶ ha evidenciado la conexión entre la libertad de cátedra como libertad negativa clásica y la autonomía universitaria como garantía institucional.

Algunos derechos civiles han aparecido en ocasión de revisiones de fechas diferentes. Por ejemplo, la libertad de elegir profesión o trabajo (art.4), que correspondía a exigencias históricas de la situación laboral del tiempo, ha cedido el paso, en 1974, a la libertad de procreación “como derecho a decidir en manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos” (nuevo art.4, párrafo 2). Modificaciones sucesivas (1980, 1983, 1992, 1999), han añadido derechos a vocación más social²⁷. La libertad de ocupación sobrevive en la versión negativa de la exención desde trabajo sin justa retribución o pleno consentimiento (art.5), posición intermedia entre la prohibición de la esclavitud y la libertad personal: en este caso las enmiendas (1942, 1974, 1990, 1992) han puesto énfasis sobre la naturaleza de posibles servicios obligatorios; la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha valorizado sobre todo la dimensión de la libertad de comercio.

Otros derechos clásicos se han enriquecido en progreso de tiempo de formas o por lo menos matices más modernos, como el derecho de manifestación del art.6, integrado en 1977 para incorporar el derecho a la información y en 2007 el derecho de acceso a la información, junto a principios relativos a documentos y archivos.

Al contrario, las normas constitucionales que proclaman los derechos más cercanos al núcleo incompressible de la tradición cultural del mundo occidental han quedado sin reformas y guardan su majestad originaria. Eso vale para la libertad de imprenta (art. 7), cuya disciplina es muy avanzada en comparación con las de países de antigua democracia, por ejemplo en cuanto a la prohibición de secuestrar la imprenta como instrumento de delito y a la reserva de ley orgánica para reglar

²⁴ Cfr. U. Pototschnig, *Insegnamento, istruzione, scuola*, en *Giur. cost.*, 1961, pp. 361 ss.

²⁵ La historia estratificada de la disposición en D. Valadés, *Derecho de la educación*, *Enc. Jur. Mex.*, 2002, VII, pp. 787 ss.

²⁶ V. por ejemplo C. Vidal Prado, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, [Centro de Estudios Políticos y Constitucionales](#), 2001.

²⁷ Los autores se refieren en prevalencia a la jurisprudencia estadounidense en hecho de aborto y de vida familiar: v. M. Carbonell, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 341 ss.

delitos de imprenta y denuncias relativas²⁸; la libertad de reunirse y asociarse (art. 9), con disciplina bastante sumaria, que pone a los dos derechos la limitación común del objeto lícito y a la reunión la prohibición de las reuniones armadas; la de poseer armas para seguridad y legítima defensa (art. 10), salvo excepciones dejadas a reserva de ley, cuya amplitud ha sido aumentada en 1971; la de tránsito y residencia, con las limitaciones judiciales hacia individuales y administrativas generales en relación con las exigencias de inmigración, emigración y salubridad (art. 11), con división de competencias entre Federación y municipios (artt. 73 y 115); la veda de leyes privativas, tribunales especiales y fueros, con la exclusión del de guerra (art.13); la prohibición de leyes retroactivas en perjuicio y el principio del justo procedimiento, con toda evidencia mutuo del due process estadounidense (art. 14).

Un capítulo a parte merece la libertad religiosa. En la versión originaria del texto constitucional se afirmaba con claridad el derecho de profesar libremente la creencia religiosa preferida y de practicar “ceremonias, devociones o actos del culto”, con la sola limitación de lo prohibido por la ley penal, lo que implicaba una plena igualdad de las religiones y la exclusión de preferencias institucionales para alguna de ellas. Al mismo tiempo, sin embargo, la referencia al domicilio privado o a los templos (“precisamente dentro de los templos”) como únicos lugares para la celebración de actos de culto (art. 24), junto al desfavor para la presencia de corporaciones religiosas y de ministros del culto en las escuelas (art.3), y a la prohibición de establecimiento de órdenes eclesiásticas con cualquiera denominación y con cualquier objeto (art. 5, párr. 3), en cuanto forma de pérdida o irrevocable sacrificio para la libertad del hombre, denunciaban con toda evidencia la hostilidad hacia el fenómeno religioso en todas sus manifestaciones, con especial respecto a la iglesia católica. Esta actitud se completaba con la veda a las asociaciones religiosas de tener capacidad de adquirir, poseer o administrar bienes ni siquiera por interpósita persona, la asignación de templos y otros bienes eclesiásticos al dominio de la nación (art.27), con el rechazo de reconocer personalidad alguna a las agrupaciones religiosas (art.130) y con varias otras disposiciones de desfavor para la iglesia, incluso en el mismo artículo. En el ámbito de las relaciones entre Estado y religión el sincretismo de la coalición constitucionalista había dejado espacio a la componente jacobina. De la evolución de la disciplina constitucional de la escuela entre 1934 y 2002 ya se ha dicho. El vínculo a la celebración de los cultos “precisamente” en los templos ha sido suavizado en 1992 insertando el adverbio “ordinariamente” en el texto e imponiendo en cambio la vigilancia de la autoridad. Las organizaciones religiosas han conseguido en la misma revisión de 1992 la capacidad de adquirir, poseer y administrar los bienes indispensables para su objeto, con las limitaciones establecidas por la ley reglamentaria. La reforma de 1992 ha también reemplazado el artículo 130: el nuevo régimen evoca el principio histórico de la separación del

²⁸ V. por ejemplo S. López Ayllón, *Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México*, en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 546 ss.

Estado y las iglesias para admitir las agrupaciones religiosas a la personalidad jurídica según un sistema de registración, prohibir a los ministros del culto de desempeñar cargos públicos, de asociarse con fines políticos y de realizar proselitismo, de heredar por testamento de las personas dirigidas o auxiliadas espiritualmente: en el conjunto, una solución adecuada a los tiempos, laicista moderada, que preserva buena parte de la heredad revolucionaria sin acentuar los aspectos más conflictuales²⁹. Inútil decir que mucha jurisprudencia de nivel constitucional se ha formado sobre asuntos conectados con la libertad religiosa, desde la condición de los ministros del culto hasta la objeción de conciencia o la impartición de contenidos religiosos en la escuela pública³⁰.

La concentración de garantías del art. 16, que incluye las libertades de la persona, de la familia, del domicilio y de papeles y posesiones, o sea de los bienes existentes en el domicilio, se parece algo a la de la Primera Enmienda del Bill of Rights Estadounidense. El nivel de protección es muy elevado por la América latina del tiempo. La definición de las circunstancias en las que una orden de aprehensión, detención o cateo puede ser librada es muy precisa y evita el recurso a la reserva de ley, mientras que la reserva de jurisdicción está rodeada de fórmulas definitivas. La posible intervención de autoridades administrativas está limitada a razones sanitarias, de policía o fiscales, con una redacción muy parecida a la que adoptará la Constitución italiana de 1948. Habrá cinco revisiones de este texto, pero solamente después de 1983, en 1996, 1999, 2008 y 2009. El resultado de la estratificación es la integración en el artículo de la protección de la correspondencia (1983), de las comunicaciones privadas en general (1996) y de los datos personales (2009). La versión final, a pesar de la modernización del lenguaje, no traiciona el sentido original de la norma y su espíritu liberal.

Las normas relativas a las medidas restrictivas de la libertad personal y al proceso penal se distinguen por su modernidad, aun que puedan haberse inspirado a la disciplina constitucional y a la jurisprudencia norteamericanas. La limitación de la prisión preventiva a los delitos que merezcan pena corporal (art.18), la separación de las cárceles destinadas a la extinción de las penas y de las para la reclusión preventiva (también art.18), el término de tres días de detención para expresar los elementos del delito imputado, bajo la responsabilidad de la autoridad que ordene o consienta la detención (art.19), y el sistema de garantías del art. 20 – como la libertad bajo fianza según circunstancias personales y gravedad del delito imputado, la prohibición de declaraciones en su contra, la audiencia pública, el tratamiento de los testigos, los límites a la duración del proceso penal – deponen en el sentido de un nivel de protección muy elevado para los tiempos, por lo menos formalmente superior al de muchas constituciones europeas. Se puede pensar que haya trazas de influencias estadounidenses o que en hecho de libertades la situación concreta sea más importante de la disciplina formal, pero no se puede negar que el esfuerzo revolucionario se haya traducido en un texto adecuado, para la segunda

²⁹ Una reconstrucción de la transformación de la cuestión religiosa en J.L. Sobernaes Fernández, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Editorial Porrúa, 2001.

³⁰ V. por ejemplo M. Carbonell, *Los derechos fundamentales...*, cit., 517 ss.

década del siglo XX. Varias revisiones, entre 1948, 1965, 1977, 1985, 1993, 1999, 2000, 2005, 2008, han naturalmente actualizado este bloque de disposiciones, para reajustarlas a las nuevas necesidades del proceso y de la ejecución penal. Por ejemplo, se ha dimensionado la caución, se han constitucionalizado el derecho a la asesoría jurídica y a la atención médica y psicológica del imputado, a compurgar las penas en los centros penitenciarios más cercanos al domicilio, el principio acusatorio y el de oralidad, se han disciplinado las formas alternativas de justicia, los procedimientos seguidos a los adolescentes, la aplicación por el Ministerio Público de criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, aunque “en los supuestos y condiciones que fije la ley” (art.21, párr. 7, versión 2008). El paquete de normas constitucionales penales se completa con la prohibición de la prisión por deudas (art.17, revisado en 1987 y 2008), de penas inusitadas o trascendentales (art.22, revisado en 1982, 1996, 1999, 2005 y 2008), los principios de la articulación en tres instancias del juicio criminal y de *ne bis in idem* (art. 23).

4. Los derechos políticos

La revolución constituía el contexto más favorable para una plena afirmación del derecho de voto, en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, y en general de los derechos políticos. La condición efectiva del País, por otro lado, presentaba condiciones que hubieran podido crear obstáculos a la generalización de los derechos políticos: por ejemplo el nivel de analfabetismo, que alcanzaba el porcentaje del 50% de la población³¹.

De hecho el constituyente, posiblemente debido al temor de un exceso de democracia directa o a la desconfianza para un pueblo en gran mayoría inmaduro, dedica mucha atención al derecho de petición y mucha menos al de voto. De la petición se ocupan por ejemplo los artículos 8 y 9. El segundo, tratando de los derechos de reunión y de asociación, preve que una asamblea o reunión no podrá ser considerada ilegal o disuelta “cuando tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad”: en otras palabras la petición sirve de reinfuerzo a la normal protección de los derechos civiles finalizados a la formación de la voluntad política de Estado o comunidades locales. El art. 8, por otro lado, se ocupa de la petición desde el punto de vista de los funcionarios públicos, obligados a respetar el ejercicio de la petición formulada por escrito, con tal que “de manera pacífica y respetuosa”, contestando por escrito en el término más breve. Desde la doctrina³² parece poderse entender que la petición

³¹ Según el censo de 1900 había 6.8 millones de analfabetas en una población de 13.6 millones. En 2010, el porcentaje de analfabetas era de 6.8% con una población de 112 millones, pero subía al 27.3 en la población indígena: INEGI, *Censo de población y vivienda de México 2010*, México, 2010 y INEGI, *Estadísticas históricas de México*, México, 2009. V. también J. Narro Robles, D. Moctezuma Navarro, *Analfabetismo en México, una deuda social*, México, INEGI, 2012.

³² V. por ejemplo D. Cienfuegos Salgado, *Artículo Octavo Constitucional. Derecho de petición y derecho de respuesta*, en E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, J.L. Caballero Ochoa, et al. (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*,

más comun sea la administrativa, destinada a empleados por cuestiones prácticas, mientras la política, reservada al ciudadano, queda en segundo llano, y los autores la tratan casi a escape³³.

El derecho de voto queda poco mencionado en Constitución. El art. 41 sólo menciona la soberanía del pueblo y su ejercicio “por medio de los Poderes de la Unión”. Las revisiones de 1977, 1990, 1993, 1994-1996, 2007, ha introducido la función de los partidos políticos como entidades de interés público, disciplinado la organización de las elecciones federales como función estatal, establecido un sistema de medios de impugnación y uno de financiamiento público, recomendado procesos partidistas de selección y postulación de los candidatos. Nada nuevo se ha dispuesto en cuanto a los principios generales del voto y a las condiciones de ineligibilidad, que en apariencia quedan dejados a la ley ordinaria. Solamente el art. 35 menciona como prerrogativas de la ciudadanía la de votar y de poder ser votado en las elecciones populares, y también de ser “nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley”. El art.99 fija las bases para la calificación de las elecciones y la protección de los derechos políticos. Todo lo demás está codificado en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME). Lo que no quiere decir que el Congreso Constituyente haya subestimado o desvalorado el valor constitucional del derecho de voto, sino posiblemente que en las condiciones del tiempo se haya preferido dejar las cuestiones del sufragio, como universalización, sufragio femenino³⁴, fórmulas electorales, a evaluaciones más ponderadas del Legislativo en condiciones post-revolucionarias.

5. Los derechos económicos y sociales

La concorde opinión de históricos³⁵ y juristas es que la Constitución de 1917 incorpore y promueva un modelo económico genuino y bastante original de economía. Se trata de un proyecto no tacticamente diseñado para neutralizar las instancias de los movimientos más radicales, como los guiados por Pancho Villa y Emiliano Zapata, sino de un plan estratégico en el que principios básicos y forma de gobierno se integran en y al través de los derechos. En otras palabras, los constituyentes se daban perfectamente cuenta de que la nueva constitución económica debía ser conjugada con el sufragio universal y la legitimación popular, y de que una generalización de los derechos políticos no era conseguible en ausencia de reformas del trabajo, de la propiedad de la tierra y de otros aspectos sustanciales de la vida social y económica. Por otro lado, la Revolución seguía a años de turbulencia también económica que habían interrumpido un ventenio (1884-

México, UNAM, 2013, 1155 ss; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 621 ss.

³³ V. otra vez M. Carbonell, *ibidem*, p. 631.

³⁴ Conceso en octubre de 1953.

³⁵ V. por ejemplo M. Bellingeri, J.L. Rhi-Sausi, *Il Messico. Nazionalismo, autoritarismo, modernizzazione (1867-1992)*, Firenze, Giunti Editore, 1993 y R. Weiner, *op. cit.*

1904) de creciente desarrollo. Se ponía por lo tanto el problema de mejorar las condiciones de los campesinos, peones y braceros, que al final de la época de Díaz todavía representaban el 62% del total de la población. Ya desde 1892 el grupo de los científicos había empezado a reflexionar sobre reformas y a lo largo de los años desde 1911 se habían venido elaborando varios planes más o menos orgánicos o veleitarios, como el plan de Texcoco de Andrés Molina Enríquez, el plan de Ayala de los zapatistas³⁶, el más político plan de Guadalupe de Carranza, el plan agrario traducido en la ambiciosa Ley agraria en 35 artículos aprobada por la Convención en octubre de 1915, que anticipaba muchos de los contenidos de la Constitución en este ámbito e que se aplicó hasta el invierno de 1916 en varias partes del País con masivas distribuciones de tierras. Al final, por lo tanto, se habían formado todas las condiciones que favorecían la adopción de una reforma substancial de la economía, y sobre todo de la economía agraria, que representase un compromiso entre las posiciones más radicales y el constitucionalismo liberal.

El centro de la disciplina constitucional inicial era el art. 27, que afirmaba la pertinencia originaria de todas tierras y aguas a la Nación (párr. 1) y la correspondencia a la Nación del dominio directo de los minerales e yacimientos, definidos en muchos detalles para no dejar nada excluido (párr.4), como también del mar territorial y de los aguas dulces (párr. 5). El artículo incluía también la facultad de expropiación por utilidad pública y mediante indemnización (párr.2) y de imponer a la propiedad privada vínculos en el interés público, incluso medidas de fraccionamiento de los latifundios y de desarrollo de la pequeña propiedad (párr. 3). Se proclamaba el dominio de la Nación inalienable e imprescriptible, con mera posibilidad de concesiones a particulares o sociedades con garantía de trabajos de explotación regulares (párr. 6). El paquete de normas quedaba completado por la reserva de adquisición y de concesión de tierra, aguas y sus acecesiones en favor de mexicanos por nacimiento o naturalización y de sociedades mexicanas o a extranjeros que aceptasen considerarse nacionales y empeñarse a no invocar la protección de su Gobiernos bajo sanción de perder los beneficios. Los extranjeros quedaban totalmente excluidos de la propiedad de aguas y tierras en una faja de 100 kilómetros de las frontera y 50 de las playas (párr. 7). El sentido de estas últimas disposiciones no tenía que ver con la distribución equitativa de los recursos naturales, sino está más bien relacionado con la exigencia de prevenir intervenciones militares en defensa de intereses nacionales, como los EEUU ya habían hecho en el reciente pasado, aplicando la “doctrina Monroe”.

La inspiración general de la Constitución económica de 1917 parece ser la de centralizar en la Federación la reglamentación del uso del dominio público y la propiedad privada, garantizando al mismo tiempo el uso social de las dos y la defensa de los intereses nacionales. Una constitución democrático-social con antelación respecto a Europa, con un peculiar refuerzo del perfil nacionalista, justificado por la situación geo-política del País. A obreros, artesanos y empleados el art.123 prometía una jornada máxima de trabajo de ocho horas, la limitación del

³⁶ V. R. Iglesias González, *Planes políticos, proclamas, manifiestos, y otros documentos de la Independencia al México moderno 1812-1840*, México, UNAM, 1998.

trabajo nocturno a siete, del trabajo de los menores a seis, el vínculo al descanso semanal y de las mujeres al descanso para el parto, el salario mínimo y el derecho a la huelga, una preclusión para muchas cláusulas contractuales (art.123). La prohibición de la esclavitud (art.2) cerraba el sistema. Como es natural, debido a la centralidad de estas normas para la Constitución, su revisión ha sido frecuente, desde 1934, hasta 1937, 1940, 1945, 1947, 1948, 1960, 1974-76, 1983, 1987, 1992. Las disposiciones referidas al trabajo han sido adecuadas aún más a menudo desde 1929; en 1975 se ha introducido una distinción analítica de competencias entre Estados y Federación en cuanto a ramas industriales a las que se aplican los contratos colectivos (párr. XXXI). También el artículo 25, originariamente dedicado a la correspondencia, se ha transformado en la norma central de la constitución económica, en la que se trata del desarrollo, de la justa distribución de la riqueza, de la responsabilidad social de las actividades económicas; en 1999 ha habido otra revisión. El alma liberal, que completa la centralizadora, asoma en el art. 28, que excluye monopolios, estancos, exenciones de impuestos, prohibiciones a título de protección de la industria, con las solas excepciones de los servicios públicos esenciales y las prerrogativas del Banco Nacional. La revisión ha interesado esa disposición varias veces, como en 1980, 1982, 1990, 1993 y 1995, pero la integración no ha modificado su substancia, solo añadiendo definiciones o excepciones, como la de las asociaciones de trabajadores o de productores en defensa de intereses categoriales. Parece así que el constituyente haya diseñado un modelo de constitución económica en la que el rigor en defensa de los bienes comunes y del patrimonio natural de la Nación se combine con la preclusión hacia los obstáculos al libre funcionamiento del mercado, aunque la terminología usada no sea tan explícita. La modernidad de la fórmula adoptada es evidente; el lenguaje puede ser sensillo y poco sofisticado, pero los conceptos aparecen con plena claridad y anticipan cartas europea de muchos años después.

La gratuidad de la enseñanza primaria (art.3, párr. 3) estaba en el texto originario, mientras que el derecho a la educación entra en 1993³⁷ y “el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física” encuentra lugar en 1980 y finalmente se transforma en el derecho de toda persona a a protección de la salud (art.4): su actuación se ha realizado con la Ley General de Salud del 7 de febrero de 1984 y con la Ley de los Institutos Nacionales de Salud del 26 de mayo de 2000: en 2000 el porcentaje de cobertura del sistema nacional ha sobrepasado el 60% de la población total³⁸. También el derecho a una vivienda digna y decorosa aparece en la versión revisada del art. 4 (párr. 5), pero referido a la familia y limitado a la posibilidad de disfrutar de la habitación y no a la de adquirirla³⁹. La enmienda de 2000 ha introducido también el derecho de niños y niñas “a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”,

³⁷ En cuanto a este asunto, B. Bolaños, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.

³⁸ M. Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Temas selectos de derecho a la salud*, México, UNAM, 2002.

³⁹ V. otra vez M. Carbonell, *Los derechos fundamentales ...*, cit., pp. 879 ss.

con paralelo deber de los ascendientes, tutores y custodios e intervención estatal a integración y garantía (art. 4, párr. 6 ss.). Se trata, como es natural, de una forma de particularización de los derechos, bien conocida después de los trabajos de Bobbio y Peces Barba⁴⁰, que no puede que señalar la existencia de algun problema social, confirmado, para la entera América latina, por la jurisprudencia de la Corte interamericana⁴¹. La doctrina mexicana⁴² tiende a incluir en la categoría de los derechos sociales también los derechos del medio ambiente, el derecho a la alimentación y el derecho al agua, que convencionalmente los comparatistas prefieren considerar como derechos de tercera o de cuarta generación.

Una evaluación completa y eficaz de la calidad de estado del bienestar en México a la luz de la Carta de 1917 y sus integraciones presupone una análisis en detalle en términos de derecho administrativo, de economía, de estadística. La “law in the books” no es casi nunca suficiente a formular juicios en cuanto al concreto funcionamiento de una estructura compleja como un aparato administrativo sofisticado cual debe ser un moderno sistema de welfare. La modernidad del texto constitucional de 1917 en cuanto a relaciones sociales y económicos es indiscutible: en varias partes anticipa normas de Weimar y hasta de cartas constitucionales del ciclo de los años '40 en Europa. Las revisiones han adecuado la lista de derechos insertando figuras nuevas con suficiente tempestividad. A pesar de todo eso, la eficacia del modelo de welfare solo puede ser evaluada según parámetros concretos en términos de recursos financieros aplicados, de extensión de la red de servicios y de satisfacción de los consumidores.

3550

6. Ciudadanía mexicana y condición del extranjero

El texto constitucional originario está lleno de indicaciones en el sentido de una diferenciación notable y a veces vistosa entre la condición de los ciudadanos y la de los extranjeros. La memoria histórica de la amputación territorial de 1848, de las invasiones de tropas norteamericanas declaradamente en defensa de intereses económicos, y hasta de los recientes temores de intervención del potente vecino en el conflicto revolucionario todavía en curso deben de haber condicionado la imagen de ciudadanía implícita en la constitución material y hecho asumir a nivel de formalización perjuicios contra la presencia de extranjeros, sobre todo cuando motivada por razones económicas o financieras. Desde punto de vista, la disciplina mexicana puede parecer algo retrasada en comparación con otras europeas contemporáneas que prescribían regímenes de reciprocidad o desde luego la del código civil italiano de 1865 que abrogaba cualquiera discriminación.

De hecho, es ejemplar el art. 32, que imponía la preferencia por los mexicanos “en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los

⁴⁰ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

⁴¹ Hay muchas decisiones en cuanto a los menores en varias situaciones sociales, económicas, criminales: una de las más importantes es la Opinión consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002.

⁴² Por ejemplo M. Carbonell, *Los derechos fundamentales ...*, cit., pp. 870, 948, 961.

empleos, cargos y comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”. Además, se prescribía la ciudadanía para servir en cuerpos militares o de policía en tiempo de paz y hasta la ciudadanía por nacimiento para pertenecer a la marina nacional de guerra, y para servir como capitanes, pilotos, patronos y primeros maquinistas en buques mercantiles; misma prescripción para dos tercios de las tripulaciones. El detalle con el que la norma está formulada traiciona desconfianza y recelo hacia presencias no totalmente seguras. Las revisiones de 1934, 1944 y 1996 por un lado han suavizado la formulación normativa, pero por otro la han extendido a las fuerzas aerea y a los aeródromos. De la exclusión de los extranjeros de dominio y concesiones de tierras y aguas por el art. 25 ya se ha dicho. El conjunto de estas disposiciones denuncia una fuerte exigencia de cerrar las filas y ponerse a cubierto de cualquier influencia extranjera. Con la misma lógica se explica el cuidado con el que se definen las condiciones para adquirir la ciudadanía por nacimiento o naturalización (art. 30) y las para perderla (art. 37), que normalmente se dejan al legislador para garantizar suficiente flexibilidad. Las revisiones han hasta incrementado el detalle, introduciendo listas de casos. Hasta la definición de extranjero no queda dejada a una inducción negativa, sino está contenida en una norma dedicada, el art. 33, en el que se reserva al Gobierno la facultad de expulsar del territorio nacional a un extranjero cuya permanencia sea juzgada inconveniente y se prohíbe al extranjero de inmiscuirse en alguna manera en los asuntos políticos nacionales. Más conforme a la tradición constitucional occidental es el catálogo de los deberes de los mexicanos, en campo político, social, militar y financiero (artt.31 y 36).

En cambio los extranjeros pueden gozar de casi todos los derechos civiles, por la explícita formulación del art.33 y también por las varias escrituras de las normas relativas, como “a ninguna persona” (art. 4), “es inviolable la libertad de” (art.7), “todo hombre tiene derecho” (art.11), “nadie puede ser juzgado” (art. 13), “moleestado” (art. 16) o “aprisionado” (art. 17), “todo individuo tiene derecho” (art. 3 reformado en 2002), y numerosas otras. Comprensible, para los tiempos, la limitación de los derechos de asociarse o reunirse a los ciudadanos, por lo menos cuando se trate de tomar parte en los asuntos políticos del País (art. 9).

Parece que a la doctrina la desigualdad de ciudadanos y extranjeros le haya puesto serios problemas de coherencia con las teorías de los derechos fundamentales y aun más con la coordinación con los tratados internacionales de incorporan derechos humanos⁴³. Tradición y modernidad en tensión y a veces en conflicto.

⁴³ Es suficiente un sumario examen de los textos más importantes de la doctrina mexicana para constatar como se haga referencia continua a convenciones internacionales y jurisprudencia de tribunales continentales o globales. V. por ejemplo M. Carbonell, *Los derechos fundamentales ...*, cit., y la poderosa obra de D. Cienfuegos Salvado, op. cit. V. también L.R. Guerrero Galván, C.M. Pelayo Moller, *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, 2015.

Giuseppe Franco Ferrari
Dip.to di Studi Giuridici
Università comm.le L. Bocconi
ferrari.giuseppe@unibocconi.it