



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

División de Estudios de Posgrado

Maestría en Derecho de la Información

**REFLEXIONES EN TORNO A LA CULTURA DE LA LEGALIDAD Y
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO**

**Tesis que para obtener el grado de
Maestro en Derecho de la Información**

Presenta:

M. D. HUGO ARMANDO SOSA GARCÍA

Directora de tesis:

DRA. MARÍA TERESA VIZCAÍNO LÓPEZ

Co-directora de tesis:

DRA. OLGA LILIA PEDRAZA CALDERÓN

Morelia Michoacán, Agosto de 2018

ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA El Repositorio Institucional de Tesis Digitales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), creado para gestionar y mantener una plataforma digital de acceso libre y abierto para la difusión de la producción académica o científica, con fundamento en lo establecido en el artículo 3º, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 143 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo; artículos 64 y 69 de la Ley de Ciencia y Tecnología; artículos 27º, 30º y 148º de la Ley Federal del Derecho de Autor; artículos 1º, 2º y 4º de la Ley Orgánica de la UMSNH; artículo 44º del Reglamento General de Exámenes de la UMSNH; y artículos 4º, fracción II, y 12º fracción II, del Reglamento General de Bibliotecas de la UMSNH; manifiesta hacer cumplir lo descrito por el Aviso de Privacidad de la UMSNH en lo referente a los datos recabados en el presente documento. El OTORGANTE declara ostentar la condición de AUTOR en el sentido que le confiere la Ley Federal del Derecho de Autor y ser el titular de los derechos que se otorgan en la presente licencia, de igual forma manifiesta que se trata de una obra original. En caso de que existan coautores, el AUTOR declara que cuenta con el consentimiento de los otros titulares para conceder la presente licencia, cuyos datos se detallan en la HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA. Con el fin de dar la máxima difusión a la obra a través de este Repositorio Institucional de acceso abierto, el AUTOR otorga LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA a la UMSNH, de manera gratuita, con carácter irrevocable e ilimitado en el tiempo y con ámbito mundial para la divulgación, publicación, comunicación pública, reproducción y/o distribución de su obra, incluida su disposición electrónica para que pueda ser utilizada de forma libre y gratuita por todos los que lo deseen, a través del Repositorio Institucional de Tesis Digitales, así como cualquier otro repositorio con el que se inter opere; con fines de divulgación científica y docente, sin ningún propósito comercial. El otorgamiento de la presente licencia de uso no exclusiva se realizará bajo las siguientes condiciones: a) El Repositorio Institucional podrá transformar el soporte de la obra, para adaptarla a cualquier tecnología susceptible de incorporación a Internet; realizar las adaptaciones necesarias para su acceso y visualización permanente, aun por parte de personas con discapacidad; realizar las migraciones de formatos para asegurar la preservación a largo plazo; incorporar metadatos necesarios para realizar el registro de la obra; incorporar también “marcas de agua” o cualquier otro sistema de seguridad, protección, licenciamiento de uso e identificación de procedencia, sin alterar el contenido de la obra. b) Se permite al Repositorio Institucional reproducir la obra en un medio digital para su incorporación a sistemas de búsqueda y recuperación, incluyendo el derecho a reproducirla y almacenarla en servidores u otros medios digitales a efectos de seguridad y preservación. c) El Repositorio Institucional permitirá a los usuarios la descarga de copias electrónicas de la obra en un soporte digital. d) El Repositorio Institucional podrá realizar la comunicación pública y puesta a disposición de la obra accesible de modo libre y gratuito a través de Internet. En virtud del carácter no exclusivo de la licencia, el AUTOR conserva todos los derechos de autor sobre la obra, y podrá ponerla a disposición del público en esta y en posteriores versiones, a través de los medios que estime oportunos. e) El AUTOR declara que la presente licencia no infringe ningún derecho de terceros, ya sean de propiedad industrial, intelectual o cualquier otro. f) En caso de requerirlo, el AUTOR puede solicitar un periodo de RESERVA DE PUBLICACIÓN, tal como se establece en la HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA. g) El AUTOR garantiza que el contenido de la obra no atenta contra los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de terceros. h) El Repositorio Institucional de Tesis Digitales estará exento de la revisión del contenido de la obra, que en todo caso permanecerá bajo la responsabilidad exclusiva del AUTOR. i) El AUTOR, como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la UMSNH se encuentra en todo caso, libre de todo tipo de responsabilidad civil, administrativa y/o penal, y que él mismo asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros. j) La obra se pondrá a disposición de los usuarios para que hagan de ella un uso justo y respetuoso de los derechos del autor y con fines de estudio, investigación o cualquier otro fin lícito y sin intenciones de lucro. El mencionado uso, más allá de la copia privada, requerirá que se cite la fuente y se reconozca la autoría. k) La UMSNH estará exenta de ejercitar acciones legales en nombre del AUTOR en el supuesto de infracciones a derechos de propiedad intelectual derivados del depósito y archivo de la obra. l) El AUTOR podrá solicitar el retiro de la obra del Repositorio Institucional sólo por causa justificada; debiendo manifestar su voluntad en forma fehaciente y acreditar debidamente la causa justificada ante los responsables directos del Repositorio Institucional. Asimismo, estos últimos podrán retirar la obra del Repositorio Institucional, previa notificación al AUTOR, en supuestos suficientemente justificados o en caso de reclamaciones de terceros. m) El Repositorio Institucional notificará al AUTOR de cualquier reclamación que reciba de terceras personas en relación con la obra en particular, relativa a los derechos de propiedad intelectual sobre ella. n) El AUTOR autoriza el registro de su CURP para fines de

catalogación, sujeto siempre a las condiciones del AVISO DE PRIVACIDAD de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA

1. Datos del autor o autores:

Nombre completo: Hugo Armando Sosa García CURP: SOGH840218HMNRSRG09	Matrícula: D491818x
Nombre completo: CURP:	Matrícula:
Nombre completo: CURP:	Matrícula:
Nombre completo: CURP:	Matrícula:

Datos del trabajo de titulación:

Título del trabajo de titulación:	REFLEXIONES EN TORNO A LA CULTURA DE LA LEGALIDAD Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO
-----------------------------------	--

(marcar con una X)

Tipo de documento:	TESIS	<input checked="" type="radio"/>	TESINA	<input type="radio"/>	MEMORIA	<input type="radio"/>
	OTRO (especificar):	<input type="radio"/>				
Grado académico:	LICENCIATURA	<input type="radio"/>	MAESTRIA	<input checked="" type="radio"/>	DOCTORADO	<input type="radio"/>
	NIVEL TÉCNICO	<input type="radio"/>	ESPECIALIDAD	<input type="radio"/>		

Condiciones para el otorgamiento de licencia de uso no exclusiva:

(marcar con una X)

SÍ AUTORIZA	<input checked="" type="radio"/>	RESERVA DE PUBLICACIÓN	<input type="radio"/>	NO AUTORIZA	<input type="radio"/>
Acorda lo descrito en el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA y con base en ello AUTORIZA Y OTORGA LA LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA.		Después de haber leído el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA, SOLICITA UN PERÍODO DE RESERVA DE PUBLICACIÓN		Después de haber leído el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA, NO AUTORIZA NI OTORGA LA LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA.	

En caso de haber seleccionado "RESERVA DE PUBLICACIÓN" favor de llenar la siguiente tabla:

TIEMPO DE RESERVA REQUERIDO (en meses):

Motivo de reserva de publicación:	TRÁMITE DE PATENTE	<input type="radio"/>	PUBLICACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA OBRA	<input type="radio"/>
OTRO:				

Al vencer el periodo de reserva, el Repositorio Institucional estará habilitado para publicar la obra correspondiente. En caso de requerir una prórroga deberá comunicarse con anticipación al área del Repositorio Institucional o acudir personalmente a solicitarlo.

En caso de haber seleccionado "NO AUTORIZA" favor de llenar la siguiente información:

Motivo de no autorización de publicación:	Manejo de datos reservados por ley	<input type="radio"/>	Firma de confidencialidad	<input type="radio"/>
OTRO:				

4. Otorgamiento de licencia de uso no exclusiva:

Declaro conocer, comprender y aceptar todo lo contenido en el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA y, con base en ello, haber llenado el presente formulario denominado HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA.

Hugo Armando Sosa García

NOMBRE

FIRMA

Morelia Michoacán 16 de agosto del año 2018

“La esencia de lo humano se encuentra en la libertad de expresión, es el derecho que permite ser persona desde pensar, opinar y saber en la libertad de buscar y recibir y brindar información”.

Rodríguez Villafañe, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.),
Compromiso con la Libertad de Expresión.
Análisis y Alcances, 2010, p. 66.

“Las leyes solas no pueden asegurar la libertad de expresión, para que cada persona pueda exponer sus puntos de vista, sin el temor a una sanción, debe de haber un espíritu de tolerancia en toda la población”.

Albert Einstein
My later years, 1950, p. 122.

“El estado de derecho se dirige en última y decisoria instancia, precisamente al Estado, a sus órganos y poderes. El imperio de la ley lo entiende en el sentido de la ley como expresión de la voluntad popular, se fundamenta en y desde los valores y exigencias éticas. El estado de derecho es el imperio de la ley producida en las instituciones democráticas. Gira en torno al valor de la libertad, en la autonomía moral personal, en el ser humano como fin en sí mismo”.

Elías Díaz
Estado de Derecho y legitimidad democrática, 2001, p. 173.

DEDICATORIA

A mi esposa y mis hijos, por su amor y apoyo incondicional y como un tributo al crecimiento del ser que deseo infundir en sus corazones.

A mis hermanos, por coexistir conmigo y ser parte de mi crecimiento como ser y como profesionalista.

A Edith Stein, Anjezë Gonxhe Bojaxhiu, Chiara Lubich y Karol Józef Wojtyła, por ser mi consuelo e inspiración en el trayecto de lo contingente a lo eterno.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, por recibirme generosamente en sus aulas y formarme como ente crítico del ser y del mundo.

Al CONACYT porque sin su apoyo material no hubiera sido posible este logro.

A la Dra. María Teresa Vizcaíno López, por su apoyo, amistad y paciencia en el desarrollo del presente trabajo, porque me enseñó que la forma es tan importante como el fondo.

A la Dra. Olga Lilia Pedraza Calderón, por su generoso apoyo en la culminación de este trabajo cuando ni siquiera me conocía.

Al Dr. Francisco Ramos Quiroz, por su amistad, su buen carácter y por el apoyo que me brindó al ver en mí al hombre más que al estudiante.

ÍNDICE

RESUMEN/ ABSTRACT/ PALABRAS CLAVE/ KEYWORDS	IX
INTRODUCCIÓN	X

CAPÍTULO PRIMERO EL ESTADO DE DERECHO COMO FENÓMENO POLÍTICO-JURÍDICO

1.1. La noción de Ley y de Derecho.....	1
1.2. El dilema de la legitimidad y la legalidad.....	6
1.3. La Ley y la Política.....	11
1.4. El surgimiento del concepto de Estado de Derecho.....	13
1.5. Estado social de Derecho	15
1.6. Estado democrático de Derecho	18

CAPÍTULO SEGUNDO EL HORIZONTE HISTÓRICO

2.1. La génesis: Grecia- Edad Media	19
2.2. El fin del Estado absolutista: Hobbes-Rousseau.....	25
2.3. La etapa moderna: Kant-Marx.....	31

CAPÍTULO TERCERO CULTURA DE LA LEGALIDAD COMO ELEMENTO ÉTICO-POLÍTICO

3.1. La cultura y su dimensión antropológica y social.....	41
3.2. Cultura y civilización.....	48
3.3. Cultura política.....	49
3.4. Cultura de la legalidad y Estado de Derecho	51
3.5. Estado de Derecho y legalidad	53
3.6. La dimensión social de las normas	55
3.7. El origen del concepto de cultura de la legalidad.....	57

3.8. El capital humano y social.....	59
3.9. ¿Qué es la cultura de la legalidad?	61

**CAPÍTULO CUARTO
LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

4.1. El hombre, ser sociable por naturaleza.....	63
4.2. La libertad de expresión como derecho humano.....	64
4.3. Evolución histórica.....	67
4.4. Libertad de expresión y sociedad	70
4.5. Su dimensión individual y social.....	71
4.6. Diálogo y debate público como esencia de la democracia.....	74
4.7. Libertad de expresión como fundamento de la civilización.....	77

**CAPÍTULO QUINTO
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LEGALIDAD:
EL CONFLICTO ENTRE DERECHO Y LIBERTAD**

5.1. La libertad como valor ético.....	81
5.2. Civildad y libertad de expresión	84
5.2.1. Pluralismo.....	87
5.2.2. Tolerancia.....	89
5.2.3. Apertura.....	92
5.3. La libertad de expresión y orden público.....	95
5.4. Derecho vs libertad de expresión	100
5.5. La paradoja de la tolerancia.....	103
5.6. El ejercicio indebido de la libertad de expresión.....	105
5.7. Libertad de expresión y su armonía con otros derechos.....	110
CONCLUSIONES.....	113
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	121

RESUMEN

El Estado de Derecho es el nivel de organización social política y jurídica óptimo para hacer realidad los fines esenciales de cualquier sociedad humana, ofrece las condiciones para el desarrollo integral de todos, construirlo no es tarea que derive solo del Estado; la sociedad tiene una participación decisiva mediante la adopción y aplicación de valores éticos y cívicos que establecen a la legalidad como un principio axiológico trascendental; proceso mental y educativo que se denomina "cultura de la legalidad y política". Parte fundamental es el respeto a los derechos humanos y la libertad de expresión ocupa un sitio fundamental, lo que no siempre ha sido entendido así y los poderes públicos quienes han coartado esa facultad; el abuso de la libertad siempre ha prevalecido y como consecuencia se han dañado derechos de otros. Encontrar el equilibrio entre legalidad y libertad de expresión es el compromiso de las sociedades modernas y democráticas de hoy.

PALABRAS CLAVE

Estado de Derecho, cultura de legalidad, cultura política, libertad de expresión, ponderación de derechos, tolerancia.

ABSTRACT

The Rule of Law is the level of optimal political and legal social organization to realize the essential purposes of any human society, offers the conditions for the integral development of all, build it is not a task that derives only from the State; society has a decisive participation through the adoption and application of ethical and civic values that establish legality as a transcendental axiological principle; mental and educational process that is called "culture of legality and politics". Fundamental is respect for human rights and freedom of expression occupies a fundamental place, which has not always been understood as such and the public authorities who have curtailed that power; the abuse of freedom has always prevailed and as a consequence, the rights of others have been damaged. Finding the balance between legality and freedom of expression is the commitment of modern and democratic societies today.

KEYWORDS

Rule of Law, culture of legality, political culture, freedom of expression, weight of rights, tolerance.

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho constituye el nivel de organización social política y jurídica que puede considerarse óptimo para hacer realidad los fines esenciales de cualquier sociedad humana, porque ofrece las condiciones para su desarrollo integral y el tan anhelado bien común, allí libertad y legalidad coexisten a veces de manera armónica y otras no, pero es solo en ese contexto donde es posible ser “humano” plenamente. Según Héctor Fix Zamudio, el Estado de Derecho es “El Estado en el que autoridades e individuos se rigen por el derecho y este incorpora los derechos y las libertades fundamentales, y es aplicado por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre”.¹

Así, el Estado de Derecho funciona con base en la observancia de las leyes sobre el arbitrio de los individuos y, al mismo tiempo, se respetan los derechos de los individuos; no surge de manera espontánea, su construcción es un proceso que involucra a toda la sociedad y no se agota en la edificación de un sistema jurídico o constitucional, que si bien se expresa y realiza en la norma legal, también da sustento al concepto y funcionamiento efectivo de las instituciones, así como a la cultura y a las prácticas políticas de los actores sociales.

La construcción del Estado de Derecho requiere de la asimilación ciudadana de valores éticos y cívicos que los transformen de simples habitantes urbanos en entes axiológicos respetuosos de la ley y de la justicia, lo que solo es posible mediante la generación de una cultura de la legalidad que les dote de una conciencia que postule el respeto a la dignidad humana como fundamento básico del orden social.

El Estado de Derecho se edifica teniendo como fundamento una cultura política de la legalidad que modele a cada individuo como un ciudadano porque la ciudadanía es uno de los factores esenciales de la sociedad moderna.

Sin embargo, debe decirse que los ciudadanos no se generan de manera espontánea, es necesario formarlos en base al valor del cumplimiento de la ley. El

¹ Fix Zamudio, Héctor, *et al.*, *Una Definición de estado de derecho*, exposición presentada por el CIDAC, México, Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., 2002, p. 23.

eficaz respeto a la vida cívica, comunitaria y a al principio de legalidad hace posible edificar una sociedad democrática y respetuosa de los derechos de todos. Es vedad la vida en sociedad supone libertades de todos, pero también debe afirmarse que el ciudadano solo puede ser realmente libre si vive en una comunidad en donde impere el derecho y la democracia plena.

Puede definirse a la cultura de la legalidad como el conjunto de valores cívico-éticos que impulsan al ciudadano al respeto de la ley como alternativa optima y natural de convivencia humana.

Parte esencial de este orden, es el respeto a los derechos humanos entre los que la libertad de expresión ocupa un sitio destacado como piedra angular de los demás derechos, porque en el reside la esencia de lo humano, solo expresándose se logra ser plenamente humanos.

La libertad de expresión por ser un derecho fundamental amerita ser protegido por el Estado y toda institución humana mediante los mecanismos e instituciones así como leyes necesarias para hacer efectivo su ejercicio, lo que tampoco significa que sea una prerrogativa absoluta porque como cualquier derecho posee límites y excepciones representadas generalmente por los derechos de los demás, contexto que debe constituir sino un freno si un marco de civilidad y de legalidad para su pleno ejercicio por todos, evitando medidas desproporcionadas al fin que se persigue que es el armónico orden social y el respeto a la ley, en la vida democrática no puede concebirse la coexistencia separada de Estado y sociedad.

No cabe duda que la libertad de expresión es una facultad humana y un derecho natural que ha construido sociedades particulares en el mundo y así mismo la gran obra que es la civilización humana y no siempre ha sido entendida a plenitud, se han vivido periodos oscuros en que los poderes públicos la han coartado porque siempre el libre pensamiento y su expresión ha sido visto con desconfianza tanto por el poder político como el religioso que ha visto en la uniformidad de pensamiento un medio adecuado de control social y, por ello, el cuestionamiento y el disenso se han considerado como peligrosos medios de disolución social; por eso, las principales revoluciones de la historia esas que generaron más libertad tuvieron y tienen a la libertad de expresión como bandera fundamental.

Pero aun con el surgimiento de regímenes democráticos que tienen como fundamento el respeto a los derechos humanos, el ejercicio pleno de la libertad de expresión no ha sido posible porque cuando no ha sido el poder público quien lo ha coartado o limitado, han sido los mismos ciudadanos que han abusado su propia libertad de expresión y han intentado acallar las voces disidentes o transgredir derechos de los demás y la tolerancia se ha convertido en una paradoja difícil de sortear para el derecho y el Estado que en aras del respeto a los derechos humanos de todos han tenido que ponderar derechos en colisión.

Se vive en una insuficiencia de espacios políticos formales para la participación de todos en el desarrollo social y que esto a su vez, es uno de los rasgos de crisis en nuestra democracia. La otra cara de la moneda de la responsabilidad gubernamental, es la participación ciudadana la que sin una cultura de la legalidad que le permita expresarse cívicamente, es inútil prácticamente para la vida pública y civilizada. Ya lo dice Jacinto Faya Biesca: “No se trata de quitarle importancia y centralidad a los partidos políticos ni al Congreso, sencillamente se necesita buscar nuevos espacios, para fortalecer la presencia ciudadana, porque una democracia sin una ciudadanía fuerte, puede resultar una aberración”.²

Derecho y libertad de expresión dos valores, dos facultades del espíritu humano que parecieran contradecirse porque la libertad en tanto capacidad espiritual de actuar por voluntad propia y libre albedrío encuentra en la norma escrita un tope a las pretensiones de los ciudadanos de hacer o no hacer, pero en realidad la frase de “ser libre es hacer lo que se quiere, haciendo lo que se debe”³, cobra más vigor en esta sociedad consumista donde el egoísmo y el culto al ego parecen ser norma de comportamiento; el derecho como expresión de justicia y libertad contiene normas que garantizan el sano desenvolvimiento de la personalidad humana y colectiva, porque uno de sus fines es el bien común y no hay mayor bien colectivo que una sociedad en paz y ordenada que establezca las condiciones para la prosperidad de todos.

² Faya Biesca Jacinto, *et al*, *Cinco Temas Sobre Administración Pública*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 1999, p. 66.

³ Frase de uso común y popular para referir que la libertad está condicionada por el deber y que no consiste en hacer todo lo que plazca sino lo que se debe hacer de conformidad con el orden social.

Partiendo de las notas previas se comenzó esta investigación con el objetivo general de demostrar la vinculación causal entre la cultura de la legalidad, la libertad de expresión y el Estado de Derecho; después del recorrido, se logró evidenciar como el hombre solo se perfecciona en sociedad y el Estado de Derecho es el óptimo contexto y es el producto de la interacción entre ciudadanos gobierno y legalidad que luego generan el contexto adecuado para que la libre expresión sea plena. Para ello, se trazaron los siguientes objetivos particulares:

1. Examinar el concepto del Estado de Derecho y la ley como fenómeno jurídico-político de la sociedad en cuanto ente generador de poder y juridicidad.

2. Describir las etapas históricas y doctrinas más importantes relacionadas con el concepto de Estado de Derecho.

3. Describir el concepto de cultura de la legalidad como fenómeno cultural formativo de la sociedad que contribuye a generar la conciencia cívica necesaria para la construcción del Estado de Derecho.

4. Describir el concepto de libertad de expresión como elemento necesario del Estado de Derecho, la que se abordara desde la teoría política moderna,

5. Valorar a partir del razonamiento que se haga de la cultura de la legalidad, Estado de Derecho y libertad de expresión, cual es la relación entre tales conceptos.

Considerando que es importante exponer la relación causal entre la cultura de la legalidad, la libertad de expresión y el Estado de Derecho y aportar algunas reflexiones que remarquen la importancia del aspecto cultural en la convivencia social empecé a desarrollar este trabajo.

Ahí se parte que el Estado de Derecho requiere de la existencia de una cultura política de la legalidad y ésta implica confianza ciudadana en que las decisiones provenientes de los poderes propios están ajustadas a principios de imparcialidad y orientadas a la defensa de los derechos fundamentales y son transparentes. Las preguntas-clave del planteamiento del problema fueron:

1. ¿Cuál es la vinculación entre cultura de la legalidad y la libertad de expresión en un Estado de Derecho?

2. ¿Cómo puede la cultura de la legalidad formar ciudadanos que ejerciendo su derecho a la libre expresión no afecten otros derechos?

Las hipótesis que orientaron este trabajo fue la siguiente:

1. La cultura de la legalidad y la libertad de expresión son elementos del Estado de Derecho porque son expresión del ejercicio libre de un derecho humano y del nivel axiológico de los ciudadanos y su relación y equilibrio solo puede ser óptimo en el Estado de Derecho.

2. La cultura de la legalidad y la libertad de expresión contribuyen a crear valores ciudadanos de respeto a la ley y a ejercerlos plenamente en la cotidianidad; como consecuencia se genera en las personas la conciencia de que el respeto a la legalidad es la mejor alternativa de vida social, este nexo es básico y elemental porque los principios democráticos y de civilidad radican en la mente del individuo básicamente como producto de un proceso educativo y luego se trasladan al ámbito colectivo, de allí que se explique que solo ciudadanos con esta convicción pueden exigir a los gobernantes apego a las normas jurídicas, este esquema básico permite la construcción y consolidación del estado de derecho, en el que gobernantes y gobernados actúan bajo los principios de legalidad y respeto.

El presente trabajo se desarrolló desde una perspectiva analítica en la que mediante un ejercicio deductivo se examinaron los aspectos generales del Estado de Derecho, cultura de la legalidad y libertad de expresión como elementos esenciales del mismo para concluir en su relación dialéctica.

En los capítulos primero y segundo se aplicó el método histórico porque se examinaron conceptos del tema como legalidad, ley, Estado de Derecho, así mismo su evolución histórica en las etapas y autores relevantes que han contribuido mejor a la formulación de dichas instituciones.

En el capítulos tercero y cuarto se llevó a cabo el mismo ejercicio pero sobre la cultura de la legalidad y libertad de expresión y se argumentó desde una dimensión especulativa y brevemente también desde la óptica histórica.

En el capítulo quinto, se concluye que la libertad de expresión no puede prescindir de valores cívicos aportados por la cultura de la legalidad.

Se demostró que el Estado de Derecho es construido por el Estado, pero también por la sociedad civil en la que los ciudadanos imbuidos de una cultura de la legalidad postulan a la ley y su cumplimiento como un presupuesto básico de

convivencia y que la libertad de expresión en tanto derecho natural es viable ejercerlo en ese contexto, donde el derecho en tanto orden positivo establece los requisitos de su justo ejercicio concibiéndolo como un derecho fundamental pero no absoluto sino limitado y en armonía con los demás, porque nada hay en el mundo que no haya sido pensado y expresado luego, la libertad de expresión es la transición del ser al mundo, en tanto creación del ser.

Legalidad y libertad, dos valores, dos expresiones del ser, porque la verdad que se expresa no siempre la percibe el Derecho pero si la historia y la perenne confrontación dialéctica de ambos ha generado la sociedad democrática de hoy, porque la libre expresión construye y destruye, es también expresión del eterno conflicto interno del ser entre bien y mal y el mundo construido es el resultado porque el Estado, el derecho, la sociedad y la cultura y todo lo que se denomina civilización humana, no tiene más que un origen el ser y la libre expresión es su acto de creación, el desafío es hallar el equilibrio entre lo que se puede y debe expresar, teniendo como fondo el bien de todos y al Derecho como garantía y solo la cultura de la legalidad que reconstruya al ciudadano coadyuvará a que la justicia esté siempre como referencia.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO DE DERECHO COMO FENÓMENO POLÍTICO-JURÍDICO

SUMARIO: 1.1. *La noción de Ley y de Derecho*; 1.2. *El dilema de la legitimidad y la legalidad*; 1.3. *La Ley y la Política*; 1.4. *El surgimiento del concepto de Estado de Derecho*; 1.5. *Estado social de Derecho*; 1.6. *Estado democrático de Derecho*.

1.1. La noción de Ley y de Derecho

El término “derecho” en su raíz etimológica proviene del latín *directus*, lo recto, adecuado, lo conveniente. Es una palabra que cotidianamente se usa para señalar lo que se hace de manera correcta, de conformidad con lo establecido socialmente, es decir, lo realizado conforme a lo que en sociedad se considera adecuado, en contraposición a lo que no lo es y se define como condenable e incorrecto socialmente; la esfera del derecho, se refiere exclusivamente sobre el ámbito de la voluntad y conducta personal pero exteriorizada.

Es común que al usar ese concepto en el campo de la conducta humana inevitablemente se vincule al tema del comportamiento que socialmente se considera correcto en un contexto cultural; por ejemplo que hay o no derecho a hacer algo, indicando también si algo es justo o no y eso es así porque se entiende que previamente la sociedad definió un esquema de lo que debe ser o no correcto, a pesar de que no se esté en posibilidad de entender las razones de eso, pero si se percibe como un límite al arbitrio de los demás.⁴

Lo anterior, indica que aunque de manera colectiva de manera subconsciente existe esta noción de lo injusto y justo que se ha generado y construido a través del desarrollo de la conciencia de generaciones que nos han precedido, también de manera individual la hay y esta expresada en la comunidad es la que a fin de cuentas nos interesa. Pero también, se usa el término “derecho” para referir cosas

⁴Bodenhimer dice que el poder representa en el mundo de la vida social, el elemento de lucha guerra y sujeción. Por el contrario, el Derecho representa el elemento de compromiso paz y acuerdo; en un sistema en el que el poder tenga una influencia ilimitada, la tendencia será hacia la opresión o eliminación de los más débiles por los más fuertes. En un sistema social, donde impere el Derecho, se intentará reajustar las relaciones humanas por medios pacíficos y evitar la lucha constante innecesaria. Véase: Bodenhimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, FCE, 2004, p. 30.

más precisas: el marco legal de una sociedad, la ciencia que tiene por objeto el estudio de las leyes, la función profesional de los abogados, la facultad para realizar ciertas acciones o para protegerse de las de los otros. Estos aspectos conforman la visión del derecho como ley y asignan otorgan al término una función social y publica aceptada por los integrantes de todo grupo humano que ostentan sistemas jurídicos avanzados y democráticos.

Para comprender el sentido del derecho, es preciso relacionarlo con la idea de ley y aunque también esta amerite una mejor definición puede decirse que el concepto "ley", puede ser usado de diversas maneras, cuando se refiere a una repetición regular de acontecimientos naturales y se puede afirmar que se trata de una ley natural, por ejemplo, la ley de la gravitación universal, que describe el comportamiento material de la materia bajo los efectos de la gravedad, que podría enunciar que bajo este esquema todos caen. Se trata entonces de regularidades naturales.

Las leyes naturales son universales, de lo contrario, no tendrían el carácter formal de científicas. Su regularidad natural las ubica fuera de la voluntad humana.

En otro sentido, puede decirse que las leyes humanas, justamente por su esencia teórica y libre y ausente de regularidades universales, generan diversidad de conductas, pero igual que la noción de ley natural, afirman su relación con un orden previsible y en cierta forma medible. Obviamente aquí no es el espacio para intentar diferenciar formalmente el ámbito de las leyes naturales y el de las sociales. Pero debe afirmarse que una de las diferencias fundamentales se refiere en que a pesar de generalidad, las leyes sociales son producto de la voluntad humana y por sólidamente establecidas que se hallen,⁵ pueden ser modificadas por la misma voluntad humana. Pero aún en este ámbito de las normas sociales, se deben distinguir entre convencionalismos sociales, que definen la conducta de los grupos

⁵ El hombre por muy determinado que se encuentre (determinismos materiales de tipo económicos y de supervivencia), siempre tendrá la oportunidad de que con sus acciones personales y colectivas, podrá definir en gran medida el destino del acontecer individual y social, es el quien determina sus circunstancias y no al revés. Tesis deterministas como las marxistas han sido refutadas por la misma historia y con ello se retiró al menos en lo intelectual, el grado absoluto de factores considerados primarios como la lucha de clases y la producción económica, para dejar el libre albedrío de los individuos como razón del Estado.

sociales y pertenecen a ciencias, como la economía, la sociología y el derecho que regulan el comportamiento de los sujetos en sociedad y que también genera el estudio de la sociedad y de los individuos, para elaborar la doctrina y conjunto de reflexiones, que permite entender mejor el fenómeno jurídico y así poder generar mejores normas.⁶

Así se puede definir al derecho como el conjunto de normas que rigen la conducta humana en sociedad y cuyo cumplimiento es garantizado mediante la coacción. Las normas jurídicas tienen el objetivo principal de organizar la vida social, garantizando el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones para todos.

En una dimensión universal no es posible hallar alguna sociedad que no posea un sistema de derecho y aun las más primitivas las ostentan aunque de carácter mágico y religioso, pues la coexistencia humana necesariamente requiere siempre de reglas que la ordenen.⁷

Se puede afirmar categóricamente que el derecho es consustancial a la vida humana en sociedad porque el ser humano como afirmó Aristóteles es un *animal social* y parte de esa dimensión es la vida comunitaria regulada por criterios legales, porque donde haya nacido y evolucionado algún tipo de civilización, necesariamente también habrá poseído también alguna forma de regulación social, que establece para su miembros obligaciones y derechos.

Se puede afirmar que el derecho es un fenómeno de carácter humano y universal. Aunque se acostumbra a entender las leyes como un sistema de normas, cuyo proceso de formación y aplicación están también asignados a instituciones que el derecho establece previamente; entonces las leyes no siempre se han expresado bajo esta forma ordenada sistemáticamente sino que en el pasado se expresaba a través de la costumbre.

⁶ Véase: Pérez Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, México, Cuadernos del IFE, 2004, p. 45.

⁷ En la génesis social, todo grupo humano establece los valores de conducta individual y social en torno a los cuales se construirá el modelo de sociedad al que aspirará, este tipo de ideales axiológicos, derivan de las convicciones morales y religiosas, de los sueños y aspiraciones supremas comunitarias, heredadas de generaciones anteriores que permitieron al grupo la cohesión interna ante las presiones de otros grupos, constituye por así decirlo el ideal étnico que permite al grupo crecer y fortalecerse. Véase: Burdeau, Georges, *Tratado de Ciencia Política*, México, UNAM, 1984, t. I, p. 155.

Ciertas doctrinas jurídicas, las han visto como sistemas legales, como expresión sistematizada de las costumbres sociales; pero la codificación de leyes es más compleja, su formalización requiere reflexiones, discusiones, definiciones teóricas y jurídicas, integración de criterios y demás aspectos, que no derivan simplemente de la costumbre y que exigen rigor técnico y científico, por ello no es correcto intentar separar un sistema jurídico del ámbito cultural que le dio origen, su objeto generador de orden y justicia se extinguiría si se reduce a un simple reflejo de las costumbres sociales de esa comunidad.

Aunque en el tiempo actual sobreviven ciertas reminiscencias de la vida comunitaria que puede referirse a un extenso ámbito del derecho con pobre regulación positiva. Un ejemplo es el *Common Law*, cuyos fundamentos originados en las costumbres de esas naciones, de sus experiencias históricas y sociales y expresadas en la jurisprudencia, funcionan como criterios válidos jurídicamente.

El derecho al ser un producto social no debe solo referirse al ámbito social que lo produce; debe más bien erigirse en un factor organizador y ordenador de colectivo humano, corrigiendo a su vez los aspectos desfavorables y nocivos para la vida social y también promover el fortalecimiento de sus aspectos favorables. Desde esta perspectiva la transformación de la costumbre en leyes positivas, representa un desarrollo formal, ya que permite a los miembros del grupo social adquirir certidumbre en su vida en sociedad, asumiendo también las consecuencias de la inobservancia de la ley.

Las leyes están integradas por normas particulares en que se encuadran las conductas legales y también las ilegales; se denominan normas jurídicas, para diferenciarlas de otro tipo de reglas también de origen social las morales, sociales o religiosas porque su acatamiento por parte de los gobernados no es opcional sino obligatorio, garantizándose su cumplimiento por un poder coactivo con fundamento institucional que tiene por objeto sancionar su transgresión.

Una norma de carácter moral puede indicar que es moralmente incorrecto no expresar gratitud por un favor recibido, esta situación puede tener un castigo moral y social: la reprobación social, la vergüenza, son una especie de castigos. En la vida cotidiana, frecuentemente se utilizan normas morales y sociales, es costumbre

valorar los actos desde una óptica axiológica de lo bueno y lo malo en su sentido moral o sobre lo correcto o lo incorrecto de los medios que se usan para alcanzar ciertos fines; pero ninguna de estas reglas de conductas es una ley porque carecen tanto de su ordenamiento sistemático como del poder externo que obligue su acatamiento, las leyes por lo mismo pertenecen a un sistema jurídico formal que integra entre sus elementos la posibilidad de castigo a quienes las incumplen.

Pero evidentemente no quiere decir que las reglas de origen religioso o moral no puedan luego traducirse en leyes positivas. Así la prohibición moral y antes religiosa de matar forma parte de la mayoría de los ordenamientos legales del mundo como una ley bastante definida y poderosa que prohíbe arrebatarse la vida a otra persona castigando como consecuencia al autor de esa conducta. El principio práctico de adecuar congruentemente los medios a las metas que se desean alcanzaren determinadas circunstancias puede convertirse en delito. Pero en tales casos la ley es tal por su vigencia y la existencia de un poder público que hace posible su aplicación en la realidad social.

Es un hecho innegable que la idea de la ley no ha surgido automáticamente, posee un origen complejo de entender. Aunque como se dijo, el derecho ha estado presente en los grupos humanos y son sus divergencias más que sus afinidades la razón de que se pueda argumentar de un desarrollo de las leyes, de su evolución dinámica y de ciertas metas sociales que ha logrado y de otras aún pendientes y, por obviamente, para lograrlas todas es fundamental el ámbito de convivencia ordenada y pacífica posible solo mediante la vigencia de la ley.

El derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo, trata de mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno, pero no toda limitación del poder puede ser denominada derecho. Es posible que el poder se vea limitado por otro poder igual o superior en fuerza o por hechos naturales. Solo una limitación que imponga

al detentador del poder la observancia de ciertas “normas”, es decir, reglas generales de conducta, es Derecho”.⁸

1.2. El dilema de la legitimidad y la legalidad

Una vez entendido, al menos en su generalidad esencial, la connotación conceptual de derecho y ley, surge la necesidad de exponer el impacto que tienen en la vida social y que como consecuencia natural se genera la resistencia de unos y la aceptación de la mayoría: el dilema de la legitimidad y la legalidad. Un ejemplo que muestra la relación entre la vida política de las naciones y la conformación de sus sistemas jurídicos serían las expresiones de derechos, que el pensamiento jurídico ha generado a lo largo de su historia, a continuación se verán las que considero más destacadas:

Primeramente, considero necesario retomar el mismo concepto de Estado de Derecho que se usa, es decir, el ámbito en el que sus autoridades y ciudadanos se rigen por el derecho y este integra los derechos fundamentales y es aplicado por instituciones imparciales y eficientes que generan certeza y por otra parte, habrá que establecer también una clara conceptualización de “legitimidad”; así, el *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM indica que “El vocablo “legitimidad” proviene de “legítimo”, que a su vez deriva del latín *legitimus*. El adjetivo latino *legitimus*, en el lenguaje común, significa conforme con las reglas, bien construido”,... En la literatura jurídica *legitimus* significa conforme a derecho, justo...”⁹

El mismo documento establece que “El principio de Legalidad, indica que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales a derecho”.¹⁰

⁸ Esta limitación que hace el derecho de las atribuciones de los particulares y autoridades por igual, es el elemento que constituye el eje principal del concepto de Estado de Derecho que guía este trabajo, ya que tradicionalmente, autores solo se han limitado a establecer que es la limitación solo de los poderes públicos y se minimiza la obligación de los ciudadanos de apegarse también a la ley, autoritarismo y anarquía serían los resultados de ambos extremos. Véase: Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 56.

⁹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5ª ed., México, UNAM-Porrúa, 1999, t. II, p. 155.

¹⁰ *Ibidem*, p. 288.

Max Weber decía que “se obedece no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo, a quien y en qué medida se debe obedecer. También el que ordena obedece, al emitir una orden, a una regla a la ley, o al reglamento, de una norma formalmente abstracta”.¹¹ Este es el primer principio de legitimidad y legalidad, el hecho de que el fundamento de toda obediencia civil, la que deben observar los ciudadanos y el gobernante, reposa en la norma. La conclusión sería que el fundamento de toda legitimidad viene a derivarse de la autoridad de la norma o del acto que se apega a ella; legítimo es lo que emana del marco del deber ser legal, a diferencia del capricho del gobernante, propio del absolutismo.

Así, los documentos jurídicos fundamentales que constituyen el marco básico de algunos Estados establecen los principios rectores que basados en los ideales políticos, sociales y legales de sus ciudadanos, habrán de inspirar toda norma secundaria, de ello se deriva que solo aquellas autoridades que estén plenamente dotadas de facultades por la misma ley actúan en el marco de la legalidad, a diferencia de los ciudadanos que pueden hacer lo que sea siempre que no esté prohibido.

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, se establecen como verdades evidentes, que todos los hombres nacen iguales y que su creador los ha dotado de ciertos derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Se afirma que los gobernantes son instituidos, para asegurar esos derechos, que su poder deriva del consentimiento del gobernado y que un gobierno que pretenda destruir esos derechos, puede ser abolido por el pueblo.¹²

Igualmente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, emitida en Francia defendía la soberanía del pueblo y postulaba la protección de los derechos de libertad, igualdad y propiedad, entre otros. Estos documentos constituyeron manifestaciones sociales que se expresaron a través de un fenómeno político y luego se plasmó en documentos con un claro sentido liberal. Claro que

¹¹ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1998, p. 222.

¹² Véase: *Constitución Política de los Estados Unidos de América*, Los Ángeles Ca. USA, Greenweech, 1999, p. 33.

estas expresiones no fueron un remplazo de las Constituciones que luego se promulgarían en los Estados occidentales, pero en cambio sí se evidenciaron y plasmaron los ideales sociales y los anhelos de los grupos sociales inmersos en tal movimiento, que posteriormente habrían de convertirse en leyes básicas.¹³

En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU de 1948, contiene algunos preceptos relevantes como los del artículo 3º, que refiere el derecho de todos a la vida libertad y seguridad o el 5º, que también prescribe que ningún ser humano estará sujeto a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, principios que revalidan la larga evolución de los derechos liberales, concebido ahora como derechos fundamentales; pero la novedad es que artículos como el 22 (derecho a la seguridad social) o el 23, que establece el principio de igualdad por igual trabajo), incorporan demandas sociales, obviamente si constituyen un nivel superior al establecido por los principios liberales tradicionales que solo eran para protección individual y en cambio estos son garantía de demandas a necesidades colectivas que en el fondo demandaban justicia social.¹⁴

No es fácil definir un modelo que defina el modo en que las exigencias políticas y sociales llegan a adquirir valor constitucional y de cierta manera redefinen la idea fundamental del carácter legal y político de una comunidad humana, porque no se trata de un acontecimiento automático, más bien de un complejo proceso dialéctico que incluye presiones, confrontaciones, reflexiones, ejercicios de resistencia a la autoridad, de huelga, acuerdos, diálogo y convenios y aceptación de nuevas formas de entendimiento, así como readecuación de los valores políticos. Pero el elemento visible en este proceso, es la existencia de un contexto jurídico general y condiciones para que los desacuerdos y la resistencia al orden establecido se transformen posteriormente en factores de fortalecimiento social y del mismo Estado de Derecho, porque es una verdad afirmar que en una democracia se puede y se debe discutir todo, porque existe la garantía que el orden y la sensatez permitirán luego el proceso adecuado que la vida civilizada exige.

¹³ Véase: Burdeau, Georges, *Tratado de Ciencia Política*, cit., t. I, p. 56.

¹⁴ Véase: *ABC de las Naciones Unidas*, Nueva York, ONU, 1988, p. 45.

En síntesis, la vigencia y continuidad del orden jurídico y democrático, depende de su misma posibilidad para encauzar la resistencia y el disenso de sus opositores y con ello fortalecerse al final como un factor adecuado de convivencia ordenada y pacífica, en eso consiste la superioridad moral de una democracia sobre los sistemas totalitarios en los que la resistencia es simplemente aplastada y los detractores tratados como delincuentes sediciosos.

De esta manera, el Estado de Derecho es la forma privilegiada civilizada en que se manifiesta la legitimidad de las sociedades actuales. Según Max Weber, “las sociedades post modernas, se caracterizaban, porque el consenso formado alrededor de sus gobernantes, no podría haber sido calificado de racional”¹⁵.

Por ello, la legitimación del poder político radicaba en la obediencia a las costumbres de una serie de principios y ordenes sustentadas por el gobernante y así el Estado moderno, se fundamenta fundamentalmente en el ejercicio del poder de acuerdo con sus predecesores. Pero debe entenderse que la legitimidad radica en la aceptación ciudadana de las instituciones y leyes de ellas emanadas. En este sentido, puede afirmarse que la legitimidad del Estado de Derecho depende en primera instancia de la voluntad de los ciudadanos de mantener y utilizar sus instituciones legales; como dice Weber:¹⁶

La legitimidad del Estado moderno, se basa en su legalidad. Sin embargo, la legalidad, implica algo más que la concordancia del poder estatal con un orden jurídico. La legalidad, puede generar legitimidad, si se supone ya la legitimidad del orden jurídico. La noción de legitimidad, implica que ese orden jurídico, es reconocido como válido y que de hecho, es utilizado por los miembros de la sociedad para coordinar sus acciones.

Es un hecho innegable que la justicia no se garantiza solo con la legalidad y justamente, ésta era la crítica de Heller a los positivistas: “Sometiéndonos sólo a las leyes, aún a aquellas que han sido dictadas por un legislador democrático, esto no nos garantiza que la justicia haya triunfado. Es un medio de limitar la arbitrariedad, pero no es suficiente. Deben tener relevancia también los principios éticos o morales

¹⁵ Gómez Santos, Manuel, *Historia del Pensamiento Social y Político*, Madrid, Oriuos, 1998, p. 43.

¹⁶ *Ibíd*em, p. 45.

reconocidos como válidos por la sociedad en la toma de las decisiones estatales, como límite contra la injusticia.”¹⁷

Para Heller, la legalidad se ubica en la homologación de la conducta en normas antes establecidas y en cambio la legitimidad se refiere a su validez y fundamentación ético-social, es decir, al grado de congruencia que con la justicia tengan esas reglas. De esta forma, los defensores del positivismo encumbraban a la legalidad como una especie de valor supremo por sí mismo y autosuficiente. Kelsen y su obra, marcan el límite de la disciplina jurídica postulando que solo el derecho positivo puede ser objeto de análisis en relación al Estado y a la sociedad, porque la justicia se basa en criterios no siempre racionales ni firmes o definidos para determinar cuál es la "verdadera" justicia y cual no, por eso Heller demuestra de manera notable que es necesaria también la legitimidad para justificar el Estado y las normas jurídicas que crea sin soslayar la legalidad.¹⁸

Me parece que el mérito de Heller es mostrar de manera eficiente la realidad tal cual sin perder de vista el "deber ser " y la necesidad de implementar necesariamente valores fundamentales que establezcan límites éticos y políticos al poder. Su feroz crítica a la legalidad exclusivamente formal manifiesta que: históricamente la "legalidad" defendida por cierta clase dominante e influyente para influir en el poder político a partir de la generación de la nueva conciencia del proletariado ya no era suficiente para cubrir sus expectativas y como consecuencia lógica se ha establecido solo como garantía legal. Entonces, la ley no sirve si no tiene un contenido ético fundamental y aceptable para todos, es decir, la ley por sí misma no basta para garantizar la juridicidad.¹⁹

La ley es un instrumento de la razón ciego y muchas veces impotente, si no cuenta con un aparato administrativo y de justicia que impregnado de adecuados principios de justicia y equidad los pongan en funcionamiento. Por desgracia, el socialismo avizorado por Heller tampoco significó esa estructura de justicia y la

¹⁷ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Madrid, Sígueme, 2003, p. 45.

¹⁸ *Ibíd*em, p. 65.

¹⁹ *Ibíd*em, p. 66.

historia terminó por reprobalo sepultando con él a los nobles ideales de justicia social y equidad que en un principio avizoraba.²⁰

1.3. La Ley y la Política

Las leyes son reglas que tiene por objeto esencial la conducta de los individuos en sociedad, encauzándola a metas de orden y paz, que a su vez son condición para el desarrollo y constituyen los principios que permiten la sana convivencia comunitaria de todos, más que como seres particulares como integrantes de un grupo social. Las leyes desde esta perspectiva no se crean para normar lo que se puede o no hacer en tanto sujeto natural, sino como miembro de una colectividad mayor. Esta es la libertad civil que adquieren los individuos al abandonar la natural en virtud del *Contrato Social* diría Rousseau²¹. Desde esta dimensión, es explicable que exista una rama del derecho denominada derecho privado que lo es en tanto define el ámbito de validez particular en términos jurídicos, pero no lo invade porque es un ámbito donde es la moral la que prevalece y los principios axiológicos individuales no pueden ser normados por el Estado.

El derecho como creación social y cultural puede ser comparado con el lenguaje: aunque el uso del mismo es de carácter personal y cada quien lo usa y representa de manera particular no se puede negar que es una construcción social que se elabora de manera colectiva y genera un sentido eminentemente social trasciende a cada uno de los integrantes del grupo social, por eso se puede afirmar que no es posible la existencia de una visión y un lenguaje privado porque simplemente carecería de relevancia al exterior. Así mismo, el ordenamiento jurídico existe porque genera la vinculación social determinada entre los miembros del grupo y porque establece las condiciones para que sean considerados como iguales con derechos y obligaciones gobernados por un poder público común para todos.

Es un hecho innegable que la vigencia de las leyes necesita la existencia previa de un poder público que cuando sean transgredidas obligue su acatamiento

²⁰ El socialismo, a diferencia del comunismo, ha sobrevivido a la debacle del marxismo, sus postulados de justicia social prevalecen, no así los excesos doctrinarios, ideológicos y prácticos del régimen comunista que sembró muerte y desolación. Véase: Gómez Santos, Manuel, *op. cit.*, p. 69.

²¹ Véase: Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Madrid, Planeta, 1988, p. 44.

mediante la coacción. Como dice Bobbio: “La relación entre derecho y política, se hace tan estrecha, que el derecho se considera como el principal instrumento, mediante el cual, las fuerzas políticas que detentan el poder dominante en una determinada sociedad, ejercen su dominio”.²²

Así la relación entre derecho y política se constituye como fundamental para comprender los diversos sistemas jurídicos y el ámbito cultural en donde se aplicará como marco obligado de convivencia urbana. Por eso puede decirse que las leyes constituyen los factores políticos esenciales para mantener el orden social y establecer las condiciones para el logro de las metas sociales. Aunque se debe precisar que no todas las relaciones que se dan en un grupo social son normas de derecho, porque inclusive ellas constituyen la parte más pequeña en el ejercicio del poder político, pues el mismo emana directamente del hombre en cuanto ser natural y político por esencia como diría el estagirita²³ y así los efectos y relaciones de poder en cada acto individual tienen efecto social, como en la familia, en la escuela y en todo grupo en que se participa. Sin embargo, también hay que decir que el poder político sobre todo en las sociedades modernas y democráticas tiene la necesidad de justificarse a través del derecho para funcionar y justificar su legitimidad.

Bajo este esquema, la ley mantiene una relación necesaria con el ejercicio del poder político y es en este esquema donde el Estado de Derecho tiene plena vigencia porque el poder político necesita obligadamente de un sistema jurídico que defina de manera precisa sus metas y así mismo los requisitos que habrán de observarse en la convivencia social y su relación con la autoridad pública y por su parte el orden jurídico requiere al poder político para que lo respalde y haga posible la aplicación concreta de sus normas en la realidad.

Como se ha visto, cualquier sistema jurídico requiere a su vez para funcionar eficientemente de un poder coactivo que lo haga viable, porque necesariamente el derecho es creado y sustentado desde el mismo poder público. Desde una óptica pragmática, la ley funciona eficazmente cuando los ciudadanos gobernados la obedecen porque están convencidos de ella o por simple miedo a la sanción. Pero,

²²Ibídem, p. 69.

²³ Aristóteles, *La Política*, México, Porrúa, 1998, p. 55.

por otro lado, si solo se mantiene en este esquema se abandona, por una parte, la perspectiva fundamental del tema: su legitimación. Una cosa es que se emitan y apliquen leyes apoyadas por el poder público y otro diverso es que tales reglas sean justas y legítimas. Esta apreciación nos lleva a la valoración necesaria de algunos intentos históricos para justificar la ley, más allá de su sola eficacia en la realidad y es en este punto donde entra la reflexión filosófica que busca comprender y justificar la viabilidad de la norma no por su efectividad en su aplicación sino porque los principios que la sustentan son congruentes con los fines fundamentales que el derecho busca como la justicia y el bien común.

1.4. El surgimiento del concepto de Estado de Derecho

Se denomina Estado de Derecho a la forma de organización jurídico-política en que el poder político con relación al gobernado se encuentra limitado por el Derecho que indica que se puede hacer y que no ello a pesar de que del mismo derive una mayor desigualdad y sometimiento. Pero obviamente no se debe caer en el extremo de calificar de Estado de Derecho a cualquier orden legal vigente por válido que haya sido su creación; Heller, en la misma obra citada con anterioridad, comenta que: “Análogamente al criterio de los Tribunales Alemanes que durante la inflación monetaria que siguió a la guerra, sostenían que un marco era igual a un marco, aunque la fuerza adquisitiva del marco de entonces, fuera de uno con respecto a un millón”,²⁴ así el positivismo jurídico se aferra al precepto de que Derecho siempre es Derecho. Ello sin mencionar los horrores que más adelante generarían al validar legalmente las leyes que decretaban la inferioridad de los judíos y otras minorías respecto a la raza aria.

En este mismo sentido y derivado de las ideas rousseauianas de *El Contrato Social*, se ha visto como sobre la base democrática, se constituyó también el concepto, hoy unánimemente admitido del Estado como corporación o persona moral que forma su voluntad dentro de su propio seno por la cooperación legal de todos sus miembros. Si todos los miembros del orden jurídico estuvieran incluidos dentro de la corporación, carecería de sentido la antigua polémica entre la soberanía

²⁴Heller, Herman, *op. cit.*, p. 67.

del monarca y la soberanía del pueblo, pues ambas hubieran sido superadas por la soberanía del Estado, tesis que aun hoy no deja de debatirse y de ella se derivan algunos principios que sustentan la democracia actual, destacando los derechos fundamentales como la principal aportación que define los límites estrictos entre la esfera del poder político y la de los individuos.

La historia ha demostrado como la democracia en sí sólo puede justificarse por la voluntad de los que están sometidos a ella y sin reparo alguno puede afirmarse que hoy, fuera de la democracia, no existe otra posible legitimación del poder. Al menos en el horizonte del mundo occidental, recordando al respecto la célebre frase de Churchill: “la democracia no es el modelo perfecto pero si el menos imperfecto para lograr la finalidad de la política que es el bienestar de todos”.²⁵

Para Diego Valadez, “El Estado de Derecho, consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establece y que garantiza el funcionamiento responsable de los órganos del poder y el ejercicio de la autoridad, conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales y la observancia de los derechos individuales sociales, culturales y políticos”.²⁶

Consecuentemente, la idea de Estado de Derecho es una reacción ciudadana en búsqueda de la libertad ante el Estado arbitrario que desconoce las libertades individuales y fomenta la concentración del poder y la arbitrariedad de los gobernantes, este concepto ha evolucionado a lo largo del tiempo y de manera particular en el siglo XX, se ha matizado en diferentes aspectos que destacando alguno de sus elementos esenciales o fines ha adoptado diferentes denominaciones, según el grado del aspecto destacado. Como no es la idea de este trabajo entrar a profundidad en ese tipo de esquemas, sino más bien analizar el concepto de Estado de Derecho.

²⁵ Véase: Esquerra, Enrique, *Grandes Biografías, Biografía de Winston Churchill*, Madrid, Salvat, 2003, p. 44

²⁶ Valadez, Diego, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 66.

1.5. Estado social de Derecho

Este modelo es, sin duda, el que más atractivo parece por su posibilidad de ser insertado en el régimen genérico de Estado de Derecho; particularmente, en los Estados emergentes como el mexicano, que surge como fruto de las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, en el que además, se han acuñado conceptos complementarios como los de Estado democrático y social de Derecho y de justicia.

Como era de esperarse, debido a los movimientos sociales de origen social que se suscitaron en occidente a principios del siglo XX, el concepto teórico que había sustentado tradicionalmente al Estado social de Derecho, fue robustecido con el advenimiento del constitucionalismo social y fue en algunas Constituciones como las de Querétaro de 1917, de Weimar de 1919 y aunque la Constitución Rusa de 1918, incluyó una serie de principios relacionados con los derechos del pueblo y explotado y acerca también del derecho al trabajo con lo que podría considerarse a esta Ley fundamental entre las precursoras del Estado Social de Derecho, aunque también es de destacar que debido a la vulneración de otros derechos naturales como los políticos y a la concentración del poder no permiten encuadrarla como parte del constitucionalismo moderno,²⁷ y se debe decir que esta situación es vigente aun después de la caída del comunismo y la democratización de la Federación Rusa en donde el larguísimo ejercicio del poder por parte de Vladimir Putin es reflejo de ese extremo.

En los casos de la mayoría de las Constituciones, la historia ha demostrado que el Estado de Derecho tal cual quedó plasmado en esos documentos al establecer la legal igualdad formal ante la ley se generan por otra parte desequilibrios económicos y desigualdad y así el supuesto edén del Estado de Derecho ocultaba las profundas contradicciones internas porque es un hecho que las instituciones políticas y jurídicas no bastan para cambiar la realidad social y evolucionar una colectividad hacia estratos de mejor equidad, la parte social sigue siendo determinante y es quizá la que menos estudio ha merecido.

²⁷ *Ibíd*em, p. 88.

Heller advirtió esa situación y planteo la transición del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho.²⁸ Esta novedosa idea así planteada permitiría a la clase obrera y a la burguesía alcanzar un equilibrio legalmente garantizado, es decir: se planteaba la viabilidad de alcanzar un nivel justo del Estado sobre la economía fundamentalmente mediante la afectación de la propiedad privada, la adecuación del régimen laboral a la ley, la intervención eficiente del Estado en el proceso productivo y la conversión paulatina de la actividad económica privada al sector público.²⁹

Para Heller, el Estado de Derecho es el producto del proceso de racionalización del poder político que fortalece a la burguesía, pero también los trabajadores organizados en sindicatos lograron ascender al poder legislativo, así el débil a través de una nueva y ms justa legislación intenta someter al poderoso y obligarlo a otorgar mejores prestaciones.³⁰

Históricamente, la teoría política genera la idea del Estado de Derecho social y liberal, refiriéndose a las naciones desarrolladas en las que se establezcan también las condiciones para el desarrollo individual, acotándose también al poder económico que incide en afectar la libertad de la mayoría, como consecuencia ese Estado social intervenir siempre que el mercado libre haga peligrar las condiciones mismas de dicha economía o de causar daños graves a la economía de la nación o al medio ambiente.

Díaz y Heller identifican al Estado social de derecho como un nivel de transición al Estado democrático de derecho y el segundo hacia el socialismo, para definirlo mejor el español establece tres principios determinantes para definir el Estado de Derecho:³¹

Primero.- no todo lo que se denomina imperio de la ley, es necesariamente Estado de Derecho (hipertrofia normativa, normocracia diría Heller), de las dictaduras. Segundo: el Estado social, requiere tener un poder ejecutivo fuerte capaz de hacer prevalecer el interés de la sociedad, sobre la vocación

²⁸ Véase: Heller, Herman, *op. cit.*, p. 67.

²⁹ Sin duda, vienen a la mente los movimientos ideológicos y regímenes populistas latinoamericanos, como los de Hugo Chávez, Evo Morales en Sudamérica, que bajo este esquema ofrecen a la población, especialmente a los más necesitados, el paraíso mismo en la tierra para ellos y prácticamente sin esfuerzo alguno, este sería el caso de los extremos del Estado de Derecho.

³⁰ Véase: Heller, Herman, *op. cit.*, p. 79.

³¹ Díaz, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 122.

complaciente del parlamento. Tercero: hay un parentesco entre Estado de bienestar y Estado social de Derecho, redistribución de la riqueza, prestación creciente de servicios de salud, vivienda, abasto, etc.

Como consecuencia el Estado social de derecho no ha sido bien entendido y aceptado por la doctrina; en este sentido, Forthoof, dice que:³²

La relación entre Estado de Derecho y Estado social de derecho, plantea problemas, son dos Estados diferentes e incompatibles, por un lado, el Estado de derecho posee un sistema de libertades y el estado social, tiene un sistema de prestaciones; para el autor, el Estado social acaba transformando al Estado de Derecho en un estado totalitario y a que llegue a una expansión progresiva del poder organizado y a una dependencia creciente de la sociedad con relación a las prestaciones y acciones de distribución de la riqueza por parte de ese poder.

Aunque posteriormente intentó corregir tal postura manifestando que la creación de instituciones democráticas impedirían posiblemente estos excesos, en el fondo sus argumentos siguen siendo los mismos.³³

Pero es un hecho que la historia demostró que no fue el Estado social el que desbancó al de derecho, sino el liberal constitucional que ha subsistido y sobre el social, ello no obstante las disposiciones constitucionales, por eso la tendencia cada vez mayoritaria ha sido la de disminuir la presencia del Estado, el nivel prestacional y los intentos de generar políticas de mejor distribución de la riqueza generada en el Estado de bienestar o providencia. Aunque debe decirse también que en la actualidad se debate esta postura y el liberalismo clásico es cuestionado continuamente al no ser capaz de resolver las desigualdades que en la sociedad moderno no ha podido atender, el tema de los derechos humanos desde su dimensión individual y colectica empieza a fortalecerse como una demanda ante el poder político y económico.

³² Fortshoff, Johanés, *Problemas Actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1966, p. 66.

³³ *Ibíd*em, p. 88.

1.6. Estado democrático de Derecho

Bajo este modelo se incluyen la totalidad de los ciudadanos y sus derechos políticos, así mismo las relaciones sociales, produciéndose necesariamente mecanismos de redistribución de la riqueza a través del trabajo y del salario, del ejercicio de derechos sociales y de una gama de demandas y prestaciones que atienden al bienestar social, lo esencial de este modelo es la vinculación que surge entre la valoración de los principios sociales y los del pluralismo.

En este esquema político, la participación social es determinante tanto para garantizar y ampliar los derechos propios como para ejercer un real control sobre los órganos del Estado, de hecho los actuales postulados de transparencia rendición de cuentas y acceso a la información y también la democratización del poder se originan de esta concepción.

Un Estado que soslaya el pluralismo tiende necesariamente hacia el paternalismo y de allí a la adopción de estilos formales y frecuentemente arbitrarios del ejercicio de autoridad que tienen en el corporativismo y la manipulación a dos de sus elementos de sustento.

Esta forma de Estado es la que ha prevalecido en los regímenes populistas ya que mediante ellos, es fácil establecer programas de gobierno, que contengan múltiples y generosos programas de prestaciones sociales, aunque muchos de ellos sean difíciles, cuando no imposibles de cumplir y hoy se aprecia al menos en Latinoamérica ese choque entre este modelo y la democracia representativa³⁴.

³⁴ Véase: Fix Zamudio, Héctor, *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-25.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL HORIZONTE HISTÓRICO

SUMARIO: 2.1. *La génesis: Grecia- Edad Media*; 2.2. *El fin del Estado absolutista: Hobbes- Rousseau*; 2.3. *La etapa moderna: Kant-Marx*.

2.1. La génesis: Grecia- Edad Media

El asunto de la obligación del individuo en sociedad y su acatamiento está directamente relacionado con las respuestas que se puedan brindar a las interrogantes sobre el fundamento y objeto de las leyes, para ello será necesario examinar los aspectos fundamentales del pensamiento político en la cultura occidental.

En la antigüedad clásica, que obviamente se refiere al mundo grecolatino, la respuesta a la interrogante del origen y fundamento del poder político se manifestó comúnmente como de origen divino de las leyes y también proveniente de la voluntad de los individuos.

Platón y Aristóteles, en su obras políticas, se refirieron al tema de las leyes como expresiones surgidos en la reflexión en la y conciencia humana, pero mientras en el primero este raciocinio descubre y postula formas externas y perfectas que pueblan un mundo ajeno a la capacidad de entendimiento de los humanos, Aristóteles lo relaciona con determinadas maneras de gobernar definidas según los diversos modelos de constituciones políticas aplicables.

Los estoicos siguiendo el mismo principio manifestaban que el origen de las leyes es fundamentalmente el acuerdo social entre los hombres que serán sus destinatarios y luego los sofistas habían propuesto argumentado que toda expresión política y también la jurídica emanan de un acuerdo que tiene por objeto obtener el consentimiento de los individuos. A pesar de sus diferencias, todos coincidieron en afirmar el dominio de la ley frente al despotismo, es decir, la supremacía del gobierno de las leyes sobre el de los hombres.³⁵

³⁵ Véase: Verdroos, Alfred, *La Filosofía del Derecho en el Mundo Occidental*, México, UNAM, 1989, p. 269.

Los griegos otorgaron relevancia a la influencia de la ley en su vida social y un ejemplo es que en la época de la democracia habían concebido el derecho de la libre expresión que les permitía intervenir en las discusiones públicas, pero las leyes helénicas también dividían a los individuos en distintas categorías, privilegiaban a los varones libres y soslayaban a las mujeres y los esclavos y por ello los beneficios democráticos emanados de esos principios solo aplicaban para un pequeño sector.

Así mismo, este tipo de leyes generaban una desigualdad de origen divino o natural que en no podía ser modificado por nadie. Algo parecido ocurrió en Roma, donde no obstante el desarrollo que se dio en la codificación del derecho, cuyos principios, procesos e instituciones aun hoy son fundamento todavía de muchos preceptos legales modernos; sin embargo, la idea de establecer categorías sociales mantuvo los beneficios de la vida republicana y ordenada solo al alcance de una elite.

No obstante, esas dos civilizaciones establecieron los cimientos del pensamiento político posterior de carácter liberal al postular esencialmente al gobierno de la ley por sobre el ejercicio arbitrario del poder político. Por ello, el debate actual sobre la ley tiene que partir de que si bien los fundamentos de la ley pueden considerarse más complejos, la vinculación entre la ley y justicia había sido establecida en el mundo greco latino.

En la Edad Media, el fundamento filosófico de la ley se mantuvo también sustentado en el ámbito de la reflexión racional, intentando así ofrecer principios axiológicos de justicia para prevenir el despotismo en el ejercicio del poder político. Pero la discusión fundamental del propósito de la ley se refirió en torno a su origen; según el pensamiento cristiano escolástico predominante en esa etapa de la historia, toda manifestación de la ley, sea de origen natural o humana, provenía de la voluntad divina y el orden existente en el mundo decía provenir también de Dios y no de los humanos.³⁶

La idea medieval de la ley asignaba racionalidad plena porque provenía de la voluntad divina, la plenitud de la racionalidad, los gobernantes y, de manera

³⁶ Véase: Hirshberger, Johannes, *Breve Historia de la Filosofía*, Madrid, Herder, 1988, p. 239.

particular, los monarcas según esta justificación trascendental, poseen el poder político no por su talento y menos por voluntad de los demás, sino por la gracia divina. El derecho a aplicar era un derecho de filiación divina porque la fuente de la legitimidad del poder y de las leyes estaba en la divinidad y no en los humanos y así la interpretación que se hacía de la idea de un derecho de fundamento divino suponía la existencia de una sociedad jerarquizada con el rey en la cúspide como soberano absoluto solo por debajo de la divinidad de donde su poder y quien regia y justificaba su privilegiado estado con una serie de principios elaborados y sustentados por la iglesia. Las leyes eran racionales y universales, pero siempre con la perspectiva de que también lo es la voluntad divina.

Como consecuencia, la dispersión del poder político que se dio en esa época fue compensada de alguna manera por los valores religiosos compartidos por la cristiandad del mundo europeo y que constituyó su fuente de unidad.³⁷

Pero se debe decir que el impulso que esta idea otorgó al poder y al derecho ha sido una de las más poderosas de la historia humana particularmente en el mundo occidental. Incluso los movimientos de reforma protestante que dieron lugar posteriormente a divisiones definitivas en el mundo occidental siguieron manteniendo la misma justificación.

La decadencia de esta fundamentación de la ley y otras ideas medievales, se daría luego en el renacimiento y fue Maquiavelo en su obra *El Príncipe*, quien hizo una dura crítica a la idea de que el soberano en cuestiones políticas era casi infalible. Aunque Maquiavelo evidentemente no mantenía un interés real en el tema del derecho como institución regulatoria de las relaciones políticas, su descripción de las relaciones de poder como resultado de las conductas estratégicas de los hombres reales establece la idea de que las leyes derivaban de la voluntad humana

³⁷ Pero hay que decir también, que fue el cristianismo el que sentó las bases de la “dignificación del derecho y el Estado en beneficio del ser humano, por denominar de algún modo la superación intelectual y práctica de los principios axiológicos grecolatinos, que postulaban y validaban la esclavitud, la desigualdad de sexos, la discriminación de la mujer en asuntos públicos, la infravaloración de la vida y dignidad humanas, al establecer la dignidad e igualdad de toda persona y la superioridad de esta frente al Estado y la ley, tesis que posteriormente serán fortalecidas y desarrolladas por los pensadores de la ilustración y de la modernidad, no se podría entender el desarrollo del pensamiento jurídico y político, aun en la actualidad, sin estos valores, que encuentran su máxima expresión en los escolásticos, Santo Tomas de Aquino, San Agustín, San Ambrosio, y en el siglo XX Jaques Maritain, Henry Bergson, Gabriel Marcel, Miguel Unamuno, entre otros.

y no de la de Dios y que es la voluntad de los hombres el fundamento verdadero del poder y del derecho. Maquiavelo al excluir de su visión los criterios religiosos establece sin proponérselo el inicio del mundo de la modernidad política.³⁸

Esta parte de la denominada modernización de la política posee un rasgo distintivo y único: devuelve a los seres humanos los atributos que en la época medieval y antes en la antigüedad greco latina, se concebían solo como patrimonio divino. Aunque debe precisarse que esta reivindicación axiológica hacia los humanos generó nuevos problemas relacionados con la aplicación concreta de algunos principios sustentados en la “voluntad divina”.

Obviamente, la pérdida de la idea de Dios como fundamento de justicia obligaba a explorar nuevas ideas que sustentaran al poder político y al derecho; algunas de ellas fueron propuestas por teóricos como Grocio y Hobbes.

Hugo Grocio, en su obra *De jure belli ac pacis* (Del derecho de la guerra y la paz)³⁹, intentando justificar la vigencia de ciertos principios que deben regular las relaciones entre naciones, actualiza nociones de derechos naturales (que habían sido elaborados en la Edad Media y que más adelante fermentarían la idea de los derechos humanos y hasta la actualidad), vinculándola con la convicción de que la soberanía política era un atributo que residía esencialmente en los Estados-nación. No obstante que su aportación se refería más a las relaciones internacionales, sus reflexiones aportaron invaluable cimientos a la teoría moderna de los derechos fundamentales. Esta evolución habrá de adquirir mayor fortaleza sistemática en la obra de Hobbes en el siglo XVII, quien puede ser considerado el primer pensador político de la era moderna.⁴⁰

Thomas Hobbes intentó ofrecer una respuesta más racional al problema de la obligación axiológica y política de los ciudadanos a obedecer la ley. Si como se expuso la fundamentación en la voluntad divina como fuente de autoridad había decaído, se presentó entonces el dilema de sustentar teóricamente la desobediencia de los súbditos al poder de un soberano déspota, sin acudir a

³⁸ Hirshberger, Johannes, *op. cit.* p. 239.

³⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 244.

principios trascendentales.⁴¹ Para contestar esta interrogante, el pensador inglés aportó algunas ideas que enriquecerán a la teoría política posterior, su filosofía tiene como fundamento la idea de la existencia original de un hipotético estado de naturaleza en el los hombres son iguales y también poseen un derecho natural a conservar su vida.

Tal escenario constituía una situación fantasiosa pero ideal en la que los hombres conviven sin leyes y consecuentemente por ese motivo viven también el riesgo de morir en cualquier momento; ese panorama permite imaginar que sucedería en sociedades en las que no existiera el orden generado por un poder político es decir, una imagen, no obstante los hombres poseen el derecho de defender su vida y vivirla de la manera que mejor les pareciera.

Bajo ese escenario, cada hombre constituye el parámetro de gobierno para sí mismos y es dueño de su vida y destino y no tiene la obligación de acatar las órdenes de nadie más, lo que significaría que los individuos en la situación ideal de naturaleza originaria son libres y soberanos sobre sí mismos.

El dilema vendrá luego cuando al ejercer cada hombre su libertad colisiona con los otros también libres y soberanos y entonces viene el peligro para su vida. Según Hobbes, la vida es el valor fundamental de todo humano y los hombres deciden celebrar un acuerdo a través del cual renuncian a su libertad y potestad natural que puede poner en riesgo la vida y la seguridad y cediéndola a un solo hombre aceptan obedecerlo, autorizándolo a imponer el orden necesario para garantizar la vida de todos y así ceden su libertad natural, con esta concepción trascendental se funda teóricamente la sociedad y su gobierno y a partir de aquí los hombres se obligan a respetar las leyes del soberano que han autorizado previamente.

El pensamiento de Hobbes es innovador ya que el presupuesto de un contrato social permite concebir finalmente los sustentos teóricos del orden político, jurídico y social justificando la obediencia de los ciudadanos a las leyes de un gobernante

⁴¹ Aunque se debe decir que esta idea de la desobediencia civil ante la ley injusta y el gobierno despótico no era nada nuevo, ya antes Santo Tomas de Aquino la había plasmado en su filosofía política como fundamento de los límites del soberano en el ejercicio del poder político y frente a los gobernados. Véase: Aquino, Santo Tomas de, *Tratado de la Ley*, México, Porrúa, 2008, p. 57.

porque según el inglés mediante ese acuerdo social, los hombres renuncian a su libertad natural y adquieren la obligación de obedecer las leyes emitidas por el gobernante, no solo porque son legítimas pues se originan en la voluntad de los contratantes, sino porque garantizan la seguridad de todos sin distinción.

El soberano de Hobbes que puede ser un hombre o un grupo colegiado es legítimo porque su fuerza proviene de la voluntad de los ciudadanos de manera previa y no de algún tipo de decisión de orden divino. Entonces las leyes que el soberano dicte serán como consecuencia leyes justas o al menos esa es la intención y en la medida en que sean percibidas como extensiones de la voluntad de los hombres unida a la de su gobernante y mandatario.⁴²

A pesar de que Hobbes aporta los fundamentos intelectuales de que la soberanía reside esencialmente en los ciudadanos y que un gobierno político es legítimo solo si proviene de la voluntad de la colectividad social, su propuesta también adolece de errores y acaba privilegiando la concentración del poder en una sola persona casi de manera despótica y por ello se le considera en la filosofía política como defensor del absolutismo porque no considera la posibilidad de que los individuos conserven para sí derechos esenciales después del contrato social celebrado. La visión de que existen derechos naturales que no se pierden con el contrato, vendrá luego de la mano de otro inglés hacia final del mismo siglo XVII, cuando John Locke reinterpretará la teoría del contrato social, partiendo de la noción de libertad individual irrenunciable. El aportará la primera conceptualización del Estado de Derecho.⁴³

Pero indudablemente que la visión hobbesiana vendrá a revolucionar el pensamiento político de aquí en adelante.

⁴²La frase de Hobbes: “El hombre es el lobo del hombre”, centra de algún modo el punto fundamental de su pensamiento, idea que previamente fue emitida por Maquiavelo, quien afirmó que el hombre es malo por naturaleza, todo lo contrario a lo que en las postrimerías del siglo XVIII, expondría Rousseau, al decir que: “El hombre es bueno por naturaleza”, en realidad todas estas posturas me parecen extremas, afirmar una cosa u otra es radical, excluyente, creo que el humano es mezcla de ambas tendencias y será esta posición la que por fortuna se impondrá a partir del siglo XX. Véase: Hirshberger, Johanes, *op. cit.*, p. 58.

⁴³ Véase: Verdroos, Alfred, *op. cit.*, p. 269.

2.2. El fin del Estado absolutista: Hobbes-Rousseau

A pesar de que Hobbes logró sustentar la legitimidad de un gobierno y su régimen jurídico solo en la voluntad social, su propuesta teórica no fue suficiente para justificar el control que la ciudadanía debería tener sobre el soberano. Locke se adelantó a su tiempo al sugerir que tal derecho no solo estaba en el fundamento del gobierno y el derecho sino también en la potestad que el pueblo tenía sobre el monarca para vigilar sus actos; para argumentar esto, Locke tuvo que exponer la libertad natural de los ciudadanos como un valor trascendental y natural no que el soberano solo debía reconocer y no otorgar ni condicionar y en su *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, postula -como antes Hobbes- la existencia de un estado natural original, una situación previa a la creación de la sociedad en la que los hombres poseen de manera también natural ciertos derechos y libertades, aunque discrepando de Hobbes, que creía que los seres humanos por son malvados, opinaba que estos derechos y libertades de origen natural están sustentados por un principio racional llamado ley natural, que según el pensador fue establecido por Dios y que ciertos imperativos a los seres humanos como no atentar contra la vida y demás derechos de los demás semejantes; así la vida en ese idílico estado de naturaleza era relativamente pacífico y por ello los individuos, puedan convivir de manera armónica sin grandes problemas. En ese ideal estado, todos disfrutaban de ciertos derechos esenciales a ser libres, iguales, a tener bienes y a castigar a los transgresores de la ley natural.⁴⁴

De los derechos naturales innatos el de la libertad es el más importante y de él derivan los otros. Pero esa misma libertad que permite a unos convivir de manera armónica, puede ser también utilizada por otros para imponer su dominio sobre el resto, transgrediendo así la ley natural y el orden impuesto por la razón ubicándose como consecuencia al margen de la protección que también esa ley brinda a quienes la acatan y al tener todos los individuos el derecho a castigar a los transgresores de la ley, cualquiera de los otros miembros está autorizado a fijarles un castigo y ejecutarlo.

⁴⁴ Véase: Hirshberger, Johannes, *op. cit.*, p. 166.

Pero según Locke, en el caso de sean los agraviados los mismos que sancionarían al delincuente, se corre el riesgo de que dicho castigo sea en exceso y desproporcional a la falta cometida, pues nadie es buen juez de su propia causa y ese castigo sería injusto y viola la propia ley natural que exige equidad además de justicia.

De repetirse esta situación y darse la violación de la ley natural por parte de las transgresiones y los consecuentes castigos excesivos conduciría a un estado de continua tensión y a la lucha de todos contra todos y ya que los hombres no pueden renunciar a su inclinación también natural de castigar, sería necesario en aras de la paz social designar representantes autorizados para ejercer tal función de aplicación de justicia, generándose así un sistema de justicia imparcial y eficaz y al mismo tiempo se protegerían los derechos naturales de todos de libertad, igualdad, propiedad y demás garantizados por la ley, pero es obvio que Locke al no hallar la justificación del castigo que amerita el gobernante cuando el infringe la ley se extravía y en lo sucesivo será necesario encontrarlo.⁴⁵

Para Locke, el riesgo continuo de la guerra y la anarquía obligaría los ciudadanos a celebrar un acuerdo entre ellos de tipo social a través del cual cada individuo cederá su derecho natural a castigar a un grupo de expertos previamente designado y que lo represente, generándose así los órganos del gobierno. Las normas que se generaran mediante este proceso seguirían los principios de la ley natural como proteger la libertad, igualdad y la propiedad de todos pero de manera imparcial y equitativa para castigar a los infractores bajo el esquema de la justicia; de esta forma, el orden colectivo se genera como un proceso político para garantizar el ejercicio de los derechos naturales para todos y el gobierno surge como una institución cuya obligación esencial es justamente la conservación de ese orden⁴⁶.

Para Locke, el fundamento del poder político emana del acuerdo humano y a diferencia de Hobbes, no se postula un gobierno absoluto que impone arbitrariamente su poder a la sociedad, sino de uno con el carácter de mandatario

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 177.

⁴⁶ Véase: Locke, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Herder, 1989, p. 99.

de los gobernados y aquí la novedad, es decir, se trata de un gobierno elegido y autorizado para mantener el orden colectivo y permitir así el ejercicio de los derechos naturales para todos.

Este gobierno no tiene facultades para decidir sobre igualdad de los hombres, ni establecer jerarquías ni grupos de poder, ni afectar sus propiedades, pues, ha sido creado para proteger los derechos naturales y la propiedad es uno de ellos y el gobierno se creó justamente para garantizarlos y tampoco puede condicionar la libertad de pensamiento y acción de todos los hombres porque justamente la libertad es el derecho esencial que el Estado está obligado a proteger. Para su eficiente ejercicio evitando el despotismo, este tipo de gobierno nace dividido, lo que es legítimo y justo pero sobre todo políticamente necesario.

Como este modelo de gobierno surge en la potestad de castigar a los que trasgreden la ley, se pueden separar dos etapas en el ejercicio de este derecho: el establecimiento de la pena y su aplicación. Al primer instante le corresponde la creación del poder legislativo que será el responsable de elaborar los códigos y leyes de conducta para todos que serán necesarias para garantizar el orden social; al otro momento, corresponde la aplicación concreta de esas leyes. Como cuerpo legislativo requiere la discusión colectiva para crear leyes tendrá supremacía sobre el poder ejecutivo que solo actuará según lo establezcan las leyes. Para evitar la concentración del poder que pudiera generar despotismo y arbitrariedad.

Locke, sugiere que los Poderes Legislativo y Ejecutivo posean titulares diferentes, manteniendo un eficiente control ciudadano sobre los poderes políticos que creo para su servicio. Agrega también otra idea que será también esencial para el pensamiento político moderno: el principio de mayoría, que establece que toda decisión política debe surgir del consentimiento de la mayoría de los ciudadanos, pero respetando los derechos naturales de los que queden en minoría.⁴⁷

Como se ha visto, el pensamiento político de Locke plantea dos aspectos que van a perfilar lo que luego se denominara como Estado de Derecho, al concebir por una parte que el derecho emana de la voluntad social y tendrá el objeto fundamental de garantizar para todos el ejercicio de sus libertades y derechos naturales y por

⁴⁷ Véase: Hirshberger, Johannes, *op. cit.*, p. 221.

otro, la estipulación del gobernante como un mandatario directo también de los ciudadanos y que ostenta un poder limitado por las propias formas que definen su nacimiento, es decir, por los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Otro aspecto relevante es la definición también de que la vigencia del orden jurídico es legítima cuando es producto de la libre decisión ciudadana en las urnas; por consiguiente, la legalidad carecerá de valor legítimo si tampoco es objeto del control ciudadano. Se percibe aquí que el solo acatamiento de la ley lo que evidencia es una relación de dominio y sometimiento y lo que Locke agrega es la justificación racional de este dominio y concibe una nueva doctrina política denominada “liberalismo” que se fundamenta en la vinculación estricta entre derechos ciudadanos naturales e irrenunciables y por otro lado, un gobierno que actúa por mandato de aquellos y es acotado al mismo tiempo por la libertad de los ciudadanos que prevalece sobre cualquier otro aspecto en la relación política, incluido el Estado que viene a ser solo garante de aquella. Con ello, la histórica figura omnipotente y despótica del gobierno que imponía su voluntad a los gobernados a toda costa como solía históricamente hacer quedaba no solo superada intelectualmente sino deslegitimada y, en su lugar, se proponía la legitimidad del Estado, el gobierno y las leyes emanadas como expresión de la libre voluntad ciudadana.⁴⁸

Sin embargo, la doctrina lockena adolecería de defectos y una de ellas serían las exclusiones de orden social al definir quiénes deberían ser ubicados con derecho en la nueva sociedad. A pesar de que su idea de derechos fundamentales se postuló inicialmente como aplicable a todos los integrantes de la sociedad, al final termina otorgando tal derecho político solo a los que ostentaban con propiedades y es comprensible tal situación porque Locke no pudo separar su propuesta intelectual de la realidad social en que vivía y que era una sociedad en la que la mayoría de la población carecía de bienes inmobiliarios y quedaba por tanto excluida de los derechos ciudadanos políticos.

Las razones de esta ambivalencia y contradicción democrática son diversas y no es el objeto de este proyecto indagarlas, solo se considera la enorme influencia

⁴⁸Idem.

que el pensamiento de Locke tendrá en la historia y que muchos de los valores políticos y democráticos de hoy no se entenderían sin esa aportación, incluidos obviamente la doctrina de los derechos humanos como prerrogativas de orden natural que el Estado solo debe reconocer y no otorgar ni condicionar y debe decirse que la idea de la ley como expresión de la voluntad ciudadana es un postulado valioso que no ha sido abandonado.

Las ideas del Locke influenciaron a otros pensadores posteriores. En Francia fue donde mejor se interpretaron y en el siglo XVIII; Rousseau no solo las retomara sino que las reinterpretara y enriquecerá con nuevas ideas sobre la noción de ley como expresión de la soberanía ciudadana partiendo de un esquema parecido al elaborado antes por Hobbes, Rousseau plantea también el contrato social como una superación del estado de naturaleza y, con ello, el surgimiento de la sociedad políticamente y democráticamente organizada.⁴⁹

El *Contrato Social* de Rousseau -a diferencia de lo postulado por Hobbes y Locke- no ameritaba ninguna cesión de la libertad natural de los ciudadanos al gobernante, para el ginebrino los hombres son libres de manera natural y la renuncia a este atributo fundamental representaba la renuncia a su propia condición humana y por ello creía que el contrato social debía reformularse y encontrar una nueva alternativa que proteja a cada ciudadano y en la que cada uno de ellos por virtud de su libre asociación con los demás obedezca, así mismo y permanezca como consecuencia tan libre como en la etapa originaria y natural. Es decir, postular un modelo político en el que los ciudadanos obedezcan a otros y al mismo tiempo se obedezcan de manera indirecta.

La aportación que sostendrá Rousseau radicará en postular que si todos los individuos renuncian a su libertad natural y la ponen en manos de la colectividad pero no en las manos de ningún individuo particular, recibirá como consecuencia natural la misma libertad que han otorgado pero fortalecida y protegida por la

⁴⁹ Mediante esta transición, los individuos reemplazarán la libertad natural por la libertad civil, la primera la obtenían al vivir en estado natural, era amplia en toda la extensión de la palabra, pero vulnerable a los ímpetus y apetitos de los demás hombres que también la poseían y podían hacer lo que quisieran, mientras que la segunda sería más restringida pero también más segura, porque estaría condicionada y limitada por el bienestar de todos. Véase: Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, cit., p. 36.

colectividad organizada democráticamente. Es decir, los hombres al renunciar a su libertad natural y entregarla reciben como consecuencia una libertad civil y la libertad como atributo natural supremo no se pierde en ningún momento de este proceso y solo se fortalece y organiza para permitir el desarrollo armónico de todos los contratantes como seres libres, a diferencia de Hobbes y Locke, Rousseau no otorga la soberanía al gobernante y la mantiene en el cuerpo social creado por el contrato que es el pueblo organizado.

Por lo tanto, el soberano es el pueblo mismo que se ha organizado para convivir en una nueva forma manteniendo sus derechos esenciales; entre ellos, la soberanía y toda decisión, toda norma y todo acto debe provenir de esta sociedad organizada deliberante y soberana y bajo este nuevo concepto político y social los miembros ahora convertidos en ciudadanos por virtud del contrato social no obedecerá nadie en particular sino que seguirá obedeciéndose a sí mismo a través del ejercicio del poder político por los órganos elaborados para tal efecto.

Bajo esta nueva dimensión, la libertad natural de cada persona adquiere una calidad fortalecida y éticamente superior al quedar bajo la guía no de una voluntad individual sino de una voluntad colectiva organizada; en efecto, según Rousseau, el contrato social da lugar a la creación de una voluntad ciudadana y general que es la expresión magnificada y perfeccionada de las libertades individuales que se integran al contrato una gran libertad como producto de aquellas.

Cuando los ciudadanos obedecen la voluntad colectiva en realidad se están obedeciendo a sí mismos porque son parte de aquella a la que libremente se integraron consensado y perfeccionado sus libertades naturales que como primitivas que eran también eran rústicas y débilmente desarrolladas. Rousseau, recalca que esa voluntad general no es la sola mera suma aritmética de las voluntades personales de los miembros que por naturaleza también son imperfectas sino la depuración y perfeccionamiento de las mismas en una mayor dimensión que generara beneficios para todos y no solo a cada miembro como ocurría con la voluntad individual.⁵⁰

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 39.

Desde esta dimensión, la voluntad de la colectividad que trasciende la brusquedad del bien particular para privilegiar el social se manifiesta a través de las leyes fundamentalmente y demás actos relevantes del gobernante. Esas normas son completamente legítimas, ya que al provenir de la voluntad organizada de todos los integrantes del grupo social son reflejo y consecuencia de los intereses colectivos. En las leyes se complementan la libertad personal y el bien común sin generarse colisiones entre ambos valores, porque según el ginebrino la libertad de cada individuo solo puede ser plenamente realizable en el ámbito que genera la voluntad social que por su naturaleza garantiza las condiciones necesarias que la hacen viable.⁵¹

Pero al igual que las otras doctrinas analizadas, la de Rousseau también tiene sus imprecisiones y se aleja de manera relevante del liberalismo. Su intento de enaltecer y privilegiar la voluntad colectiva y el bien común generan necesariamente la subordinación de las libertades naturales cuando difieren de los intereses mayoritarios y políticos. Esa frase que acuñó Rousseau, según la cual, en ocasiones “es necesario obligar a algunos hombres a ser libres”, será considerada luego controversial, pues difiere del principio aceptado de la superioridad de las leyes y el bien colectivo sobre los intereses particulares.

No obstante, Rousseau había implementado dos nuevos valores a la moderna concepción teórica del Estado de Derecho y que consiste en la inseparable vinculación entre libertad individual y voluntad colectiva, así como la y la percepción de que los intereses individuales solo pueden ser expresados y garantizados bajo la forma de leyes que son manifestación la voluntad general y tienen como objeto fundamental la búsqueda del bien común.⁵²

2.3. La etapa moderna: Kant-Marx

La concepción moderna de la idea de Estado de Derecho parte quizá de la obra de Emmanuel Kant, quien estuvo influenciado por Rousseau y, por ello, intentó construir una teoría que sustentara de manera clara la fundamentación de las leyes

⁵¹ *Ibíd.*, p. 45.

⁵² *Ibíd.*, p. 69.

y de la política en la razón y libertad natural de cada individuo; aunque a diferencia de Rousseau, Kant retomó los principios liberales al postular un principio moral particularmente personal como fundamento y destino de cualquier ordenamiento exterior.

Kant lleva a la cúspide del pensamiento político la teoría del contrato social al adecuarlo a una justificación de la norma partiendo de la idea de la naturaleza moral de los individuos. Esta autonomía viene a representar la ausencia de dependencias e influencias externas del juicio moral natural y, por tanto, libertad y responsabilidad morales de los individuos radican en el ser mismo individual. Kant en su interpretación del ser individual, en tanto ente moral y colectivo, desarrolla toda una interpretación trascendental previa de índole moral que servirá para sustentar su concepto de la política y del derecho; por razones de objeto, este trabajo se avoca a la idea kantiana de la facultad racional auto legisladora, es decir, del hecho de que para él la libertad natural humana se caracteriza por la capacidad de dotarse a sí misma de normas éticas y jurídicas orientan su conducta práctica.⁵³

Para Kant, lo esencial de los seres humanos es que pueden ser regulados y guiados por leyes de la libertad, es decir, por valores les permiten conducirse de manera libre y con la responsabilidad moral consecuente. Al respecto, afirma: “Estas leyes de la libertad, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman morales. Si afectan a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman jurídicas; pero si exigen también que ellas deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas, y se dice por tanto que la coincidencia con las primeras es la legalidad, la coincidencia con las segundas, la moralidad de la acciones.”⁵⁴

En el mismo sentido, los hombres tienen la facultad de generar las normas que habrán de regir su vida. En principio, al tratarse de normas individuales que postulan los criterios axiológicos de lo bueno y de lo malo se denominan normas morales. Pero estas normas no son distintas en esencia y fundamento de las normas jurídicas, en realidad, las dos son manifestación de la capacidad auto

⁵³ Véase: Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, México, Porrúa, 1979, p. 55.

⁵⁴ Kant, Emmanuel, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 39.

legisladora de los seres humanos y responden a la misma capacidad de auto legislar. La diferencia radica en que las normas jurídicas aunque surgen de la moral de manera indirecta se manifiestan de forma externa y son aplicadas por mediante la coacción legítima.

Bajo esta óptica, las normas morales están íntimamente ligadas a los principios y criterios morales individuales y en cambio las normas jurídicas se basan en la previa existencia de una sociedad organizada en la que gobierna un poder político que garantiza su aplicación concreta. La interdependencia entre ambas equivale a la vinculación también que se da entre la moral personal y la vida política y social regida por normas positivas.

Por ello, Kant también retoma la idea de contrato social porque tiene que evidenciar el fundamento teórico de la obligación de los individuos de acatar las leyes de la comunidad y en este sentido afirma que: “Lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción, para someterse a una coacción externa legalmente establecida..., debe entrar ante todo, en un estado civil).”⁵⁵

De esta manera, la idea del contrato social genera la posibilidad de que la razón legisladora de cada persona se comprometa a ceder su libertad natural egoísta y rustica y la recupere después como libertad civil y como miembro de una comunidad organizada denominada Estado. El contrato social relaciona las motivaciones morales personales con un orden jurídico que les permiten construir su propio desarrollo y su felicidad.

Kant -a diferencia de Rousseau- no acepta la tesis de que el Estado deba buscar la felicidad de sus miembros porque esta es una aspiración personal y cada quien debe esforzarse en lograrla y por eso las leyes de ese Estado no puede definir el bien común como equivalente de la felicidad colectiva porque si así fuera la autoridad pública estaría despojando a las personas de su autonomía y voluntad que le permiten decidir sobre qué tipo de felicidad desea y las maneras de

⁵⁵ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica...*, cit., p. 43.

alcanzarla por ello el Estado debe emitir una Constitución que establezca principios, instituciones y normas generales que garanticen la libertad y posibilidad para todos y esas normas constitucionales por tener el rango de supremas deben ser congruentes con las normas morales evidenciadas por la razón auto legisladora natural de cada individuo.

Esta vinculación entre normas morales y jurídicas solo es eficiente si están sustentadas y guiadas por el mismo valor moral. Tal valor o principio es lo que Kant denomina en toda su obra como el imperativo categórico, que esencialmente y de manera diversa en sus vertientes define como moralmente incorrecta la interferencia con la libertad natural de cada persona su integridad ética las metas relevantes de cada uno.

De esta forma, las leyes sustentadas en el ámbito del imperativo categórico, tendrán fundamentalmente una connotación negativa porque habría de definir la libertad más como derecho personal a no ser molestados en la consecución de sus fines que como prescripción positiva de conductas ciertas. Es decir, las leyes otorgan libertad a sus destinatarios al proteger su ámbito de actuación no al establecer alternativas determinadas para su desarrollo individual.⁵⁶

El esquema anterior también es vital en la construcción moderna del concepto de Estado de Derecho porque según Kant las libertades fundamentales de todos están garantizadas en un Estado que se concibe como una entidad de leyes; por ello, afirma que: “El derecho, es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según, la ley universal”.⁵⁷

Como consecuencia, los individuos son iguales ante la ley, pero esta igualdad no puede ni debe extenderse a sus bienes materiales ni a su integridad física o espiritual. Para Kant, igual que antes para Locke, las normas de derecho no pueden representar un atentado contra la distribución de la riqueza en una sociedad y tampoco para impedir el enriquecimiento legítimo y el ascenso social de quienes en

⁵⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁷ Kant, Emmanuel, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 73.

mérito de su esfuerzo personal ascienden en la jerarquía social porque ello también es un derecho y una necesidad radicada en la naturaleza humana.⁵⁸

Cuando un Estado se constituye como la unión plena de hombres libres bajo normas positivas se trata del elemento esencial del Estado de Derecho y que consiste en el sometimiento del poder político al derecho y esto genera como consecuencia natural la protección de los derechos y libertades fundamentales por parte del mismo Estado por medio de sus órganos coactivos y la acotación eficiente del propio gobierno por los derechos de sus ciudadanos.

La institución suprema que postula y garantiza esos derechos es la Constitución entendida y aceptada como ley fundamental, cuyos principios protegen la libertad de todos. Por ello, Kant es visto como la consolidación del esquema racional de Estado de Derecho y por eso los posteriores desarrollos intelectuales sobre esta cuestión estarán decididamente influenciados por sus ideas.⁵⁹

La idea del Estado de Derecho como se ha visto deriva históricamente de la doctrina liberal. Aunque posteriormente al complementarse en el siglo XX incorporó principios nuevos y adicionales a los de su génesis teórica y por eso se puede afirmar que ningún modelo político y legal que adolezca de los valores elementales emanados del pensamiento liberal podría considerarse como un genuino Estado de Derecho.

La conclusión que se impone es que el Estado de Derecho, se sustenta en dos columnas fundamentales: por un lado la limitación del poder político por parte del derecho y por otra la reivindicación de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas y por eso no es descabellado decir que los modelos constitucionales emanados de los postulados liberales tengan como sustento fundamental el acotamiento efectivo del poder político teniendo como contraparte el respeto a los derechos naturales.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁵⁹ Pero la sola Constitución no bastará por sí para garantizar ese respeto a las garantías humanas, será también necesaria la creación de instituciones jurídicas, políticas y sociales que se encarguen de hacer realidad los postulados de la norma básica.

Este esquema se explica fundamentalmente por los rasgos esenciales de la propia idea de Estado de Derecho y el elemento básico de esta noción lo es la lucha para erradicar al modelo del Estado absolutista y despótico que históricamente había sido superado y que postulaba en contraparte un eficiente control del poder político en la vida colectiva. Es un hecho que el control irrestricto de la vida social por parte del Estado vulnera los derechos naturales justificándose en un supuesto bienestar frecuentemente incompatible con las aspiraciones de los integrantes de la sociedad que quedan así relegados y sometidos arbitrariamente. Entonces, el Estado de Derecho es bajo este esquema una férrea respuesta ciudadana frente al ejercicio desmedido y despótico del poder político.

La postura anterior será también compartida por otros teóricos posteriores que defendían a ultranza la libertad como valor supremo; entre ellos, John Stuart Mill, en su *Ensayo sobre la libertad*, analiza el tipo y grado de limitación que el poder político puede de manera legítima imponer a los ciudadanos; para Stuart Mill este es un tema que no había sido abordado con la seriedad y profundidad que ameritaba y su aportación influirá de manera vital en la construcción teórica de los fundamentos filosóficos del Estado de Derecho. Este autor, llamaba la atención sobre:⁶⁰

...La creciente inclinación a extender indebidamente, los poderes de la sociedad sobre el individuo, no solo por la fuerza de la opinión, si no también por la legislación y como la tendencia de todos los cambios que tienen lugar en el mundo, es a fortalecer a la sociedad y disminuir el poder del individuo, pensaba que esta intromisión, se hará cada vez más intensa. Esta disposición del hombre, sea como gobernante o como ciudadano, a imponer sus propias opiniones e inclinaciones como regla de conducta para los demás, esta tan enérgicamente sostenida por algunos de los mejores y algunos de los peores sentimientos, inherentes a la naturaleza humana, que casi nunca se contiene, si no es por la falta de poder y como el poder no declina, sino que crece, debemos esperar, a menos que se levante contra el mal, una fuerte barrera de convicción moral.

Esa barrera ha sido el progreso del pensamiento político, jurídico y social del siglo XX, que imbuido de un humanismo social, fue capaz de frenar los totalitarismos de izquierda y derecha y continuó perfeccionando las bases teóricas de la sociedad moderna. Por eso, se destaca el hecho de que en la actualidad,

⁶⁰ Stuart Mill, John, *Ensayo sobre la Libertad*, Madrid, Biblioteca de Grandes Pensadores, Alianza Editorial, 1970, pp. 56- 61.

cuando asoman en el escenario internacional algunos regímenes políticos despóticos, se puede advertir el interés por resaltar las ideas liberales que acotando al poder político, protejan los derechos humanos y el orden democrático y constitucional con el sano equilibrio de poderes, donde se postule la libertad como valor fundamental. Como sea las ideas liberales penetraron profundamente en las mentes de los hombres del siglo XX y en sus instituciones políticas y jurídicas; en la época actual, prevalecen también aunque con desafíos representados por sistemas autocráticos, la protección de los derechos fundamentales es aún un fundamento de las democracias actuales.⁶¹

En efecto, aunque la perspectiva liberal del concepto del Estado de Derecho que había estado vigente aun en el siglo anterior en el tema de los derechos humanos se sustentaba en una visión negativa en la actuación del poder político, es decir, solo señalaba lo que el gobernante debería abstenerse de hacer para no lastimar esas prerrogativas no ofreciendo como consecuencia acciones ni principios activos que encaminaran a la promoción los derechos humanos, políticos, económicos y sociales de todos en la busquen ese terreno había conseguido con la reivindicación del individuo frente al grupo y el poder político, lo que no sería suficiente para atender otros problemas que lastimaban los derechos de todos, como la justicia social y el desarrollo sustentable que más delante otras propuestas jurídicas y políticas si intentarían atender.

Un intento de concretar de manera esquemática estos principios se dio en las sociedades de habla inglesa y se conoce como *Rule of the Law* (gobierno de la ley) y que aún hoy se considera que es el fruto de la larga evolución del pensamiento político y jurídico anglosajón cuyo rasgo distintivo es el constitucionalismo liberal.

El gobierno planteado bajo esta tesis presenta dos aspectos especiales: primero, la convicción de que el derecho debe erradicar el ejercicio arbitrario del poder político, uno de cuyos principales rasgos es la sanción discrecional, excesiva y desproporcionada a los particulares el que por tanto será considerado violatorio del gobierno sometido y controlado por la ley y segundo: el gobierno sustentado en el derecho postula y defiende la igualdad de todos y como consecuencia su

⁶¹ Véase: Hirshberger, Johanes, *op. cit.*, p. 68.

sometimiento a la ley positiva y a la justicia derivada de la actuación de tribunales imparciales y eficientes.

Es de advertirse que aunque la idea de Estado de Derecho entendida como “gobierno de la ley”, se sustenta en el principio de un gobierno sometido y acotado por la ley y que solo puede hacer lo que expresamente aquella le mandata es más compleja y difícil de lograr pero no imposible.

Por este motivo, frecuentemente la idea de Estado de Derecho se ha limitado solo a una apreciación meramente jurídica y legalista lo que ha impedido un mejor entendimiento de su raíz histórica, social y política y como consecuencia se ha usado para intentar justificar algunos de regímenes despóticos con el pretexto de que al fundar su actuación en sus sistemas jurídicos indolentes, protegen la legalidad en el control de la vida de la sociedad gobernada.

Como se ha visto, la observancia literal y solo material de un sistema jurídico determinado solo justifica la relación de poder pero la justicia y legitimidad solo serán posibles si se observan escrupulosamente los requisitos y principios emanados del largo proceso de evolución del pensamiento político liberal que postula al gobierno limitado por el derecho y el respeto a los derechos fundamentales como valores supremos de todo orden social.

Por último, no podía excluirse del presente análisis la teoría marxista, que influyó notablemente en parte de los acontecimientos históricos sociales y jurídicos del siglo XX, ello a pesar de su derrumbe a partir de 1989 y de que queden algunos restos en naciones aisladas y retrogradadas como Cuba y Corea de Norte, (si bien en la primera y a raíz de la muerte de Fidel Castro, ha experimentado una apertura histórica).

No existe ninguna ideología ni doctrina perfecta, todas tienen algo de verdad y adolecen de defectos y la explicación de Marx y su justificación del derecho como instrumento de control por parte de la clase dominante, es algo que si bien no se da en la realidad en esa dimensión, tampoco se puede negar su grado de validez histórica, baste recordar que la Constitución mexicana fue el resultado de una lucha armada que se dio contra un régimen arbitrario, que -en gran medida- usaba al derecho para preservar ese orden.

En su interpretación de la realidad, Marx separa a la sociedad en dos grandes niveles o estructuras, para él alemán el ser humano produce los bienes que necesita para sobrevivir y desarrollarse. Este proceso productivo amerita a su interior relaciones de los grupos sociales cuya intensidad será reflejo del nivel de desarrollo de las capacidad de producción de esa sociedad, relaciones que fundamentan la estructura material social y sobre la cual luego se edifica una superestructura ideológica y de poder integrada por procesos e instituciones políticas y legales que son el producto final de la estructura económica inferior y básica.⁶²

Marx postula a la estructura económica como la integrada por los complejos procesos de producción de manera integral y como superestructura a los estamentos referidos por el orden jurídico, el político y el ideológico; como consecuencia, el Estado y su ejercicio del poder político, pero también el derecho en el que se sustenta forman parte de la superestructura jurídica política y es en la estructura económica donde debe buscarse el punto fundamental en donde se producen los aspectos que darán origen a la estructura intangible superior que definirá material y políticamente a esa sociedad.

Desde una visión objetiva, la teoría marxista se define y perfila como como un sistema determinista que intenta explicar la realidad social y el proceso histórico solo como consecuencia directa del proceso económico y de lucha de clases que se da en su interior.⁶³

Se considera que tal interpretación no puede ser tan absoluta ya que si bien la economía ejerce un gran influjo sobre la sociedad y la historia, no puede negarse que el hombre con su acción individual y libre puede incidir en la orientación del destino nacional.

Se puede decir que el concepto el Estado de Derecho se ha venido construyendo de manera dinámica a lo largo de la historia, su conformación no ha sido tarea fácil se ha tenido que adoptar lo mejor de cada etapa del pensamiento político y jurídico, para integrar lo que ahora es una institución, pero tampoco se

⁶² Véase: Ambriz, José, *Curso de Filosofía Marxista*, Bogotá, Oveja Negra, 1995, p. 44.

⁶³ *Ibíd*em, p. 77.

puede decir que esté plenamente acabada al menos en lo doctrinal, no basta decir que establece de manera eficaz los requisitos que debe reunir una democracia para considerarse una comunidad organizada y regida por la ley, donde el respeto a los derechos de los ciudadanos está garantizado no solo por la ley sino todo por la actuación de las autoridades; pero también donde los gobernados acatan la norma y el respeto a la legalidad, es la conducta cotidiana de todos, Bodenheimer dice que “El Derecho en su forma perfecta, se realizará en aquel orden social en el que este reducido al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno”.⁶⁴

⁶⁴ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 30.

CAPÍTULO TERCERO

CULTURA DE LA LEGALIDAD COMO ELEMENTO ÉTICO-POLÍTICO

SUMARIO: 3.1. *La cultura y su dimensión antropológica y social*; 3.2. *Cultura y civilización*; 3.3. *Cultura política*; 3.4. *Cultura de la legalidad y Estado de Derecho*; 3.5. *Estado de Derecho y legalidad*; 3.6. *La dimensión social de las normas*; 3.7. *El origen del concepto de cultura de la legalidad*; 3.8. *El capital social*; 3.9. *¿Qué es la cultura de la legalidad?*

3.1. La cultura y su dimensión antropológica y social

Cuando Aristóteles acuña el concepto para referirse al hombre como *zoon politikón*, es decir como “animal político o animal cívico” y lo diferencia, consecuentemente, de los animales, resalta su natural capacidad de relacionarse políticamente, creando sociedades y organizándolas en *polis* o ciudades.⁶⁵

Pero con esta expresión, Aristóteles, no solo resalta la aptitud y necesidad natural humana de crear sociedades y vivir en ellas para desarrollarse plenamente, también hace referencia a su naturaleza social y política, porque el ser humano y los animales son naturalmente sociables pero solo el hombre es un ser político a condición de que viva en comunidad. Por tanto, esta capacidad social ayuda a edificar el cimiento de la educación colectiva y la dimensión política otorga extensión a esa educación mediante la generación de reglas de contenido ético y social que garantizan el logro de todos de los fines postulados como importantes en el grupo social.

Aristóteles tiene un gran interés en conocer la naturaleza humana y una de sus expresiones más importantes la sociopolítica, pensaba que las personas sólo se pueden realizar plenamente cuando viven en sociedad porque tiene la necesidad de vivir con otras personas de manera cívica, y se refirió también a aquellos que son incapaces de vivir en sociedad concluyendo que si no la necesitan es porque son bestias o dioses.⁶⁶

⁶⁵ Véase: Hirshberger, Johannes, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁶ Véase: Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 2011, p. 66.

Un producto de esa necesidad natural del hombre es la cultura que crea como el andamiaje ideológico que se evidencia en todo producto humano material o intangible, porque la cultura es un producto de la naturaleza humana.

Para ubicarse en el contexto del trabajo, es necesario entender este término que se usa a diario sin saber muchas veces su real significado. La cultura es el escenario más complejo de una sociedad, es el ámbito donde se desenvuelven todos los demás aspectos particulares que identifican a cada grupo social y los diferencian entre sí.

Al interior de cada cultura las subculturas que se desarrollan al interior son dimensiones que construye el grupo humano para cohesionar y mantener su identidad y destino, entre ellas, la política y la de la legalidad vendrían a ser las que tienen por objeto garantizar el orden público y el progreso material y cívico pero también la sobrevivencia del grupo. Bajo este esquema, la cultura es el marco que envuelve el devenir de una sociedad y en el que nacen, se desarrollan y adhieren todos sus integrantes.

En realidad, el tema de la cultura es tan amplio y complejo como lo es el ser humano mismo, desde una perspectiva semántica y académica es difícil consensuar un concepto de valor universal, pero en sentido práctico la cuestión es distinta pues si se parte de que cultura “es todo conocimiento socialmente adquirido” las cosas se simplifican bastante.

Es en el siglo XX y en la segunda mitad, cuando se realizan los mejores estudios en el tema; para Edmond Cros, la cultura se puede definir como “el ámbito ideológico de convivencia social y cuya función primordial y evidente consiste en aglutinar o enraizar un grupo social en la autoconciencia de su propia historia e identidad”.⁶⁷

Para Cros, la cultura es específica y concreta, siendo estos sus rasgos fundamentales, porque se trata de un ámbito que solo puede darse cuando es capaz de generarse en un grupo aspectos que lo hacen único e irrepetible en el conglomerado humano general.

⁶⁷ Cros, Edmond, *El Sujeto Cultural, Sociocrítica y Psicoanálisis*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2003, p. 33.

En efecto, la identidad cultural clasifica a los colectivos en distintos aspectos, como religiosos, estéticos y artísticos, siendo estos los parámetros indicativos y surgen en niveles de diferente estrato ya sea tribal, local, regional o nacional.

Burdeau, por su parte, decía que “la cultura es el cumulo de sueños, ideales, sufrimientos, anhelos y deseos colectivos que asignan a un grupo una identidad única en el mundo y lo identifican entre si y respecto a los demás”.⁶⁸

Entonces se puede decir que la cultura funciona como una especie de memoria colectiva cuyo objeto es servir como referencia histórica y social, es asumida por el colectivo humano que la ostenta como el símbolo, la garantía de fidelidad a los orígenes y raíces ancestrales que proporcionan la imagen que se tienen de si y que definen su estatus en el mundo y que hacen precisamente irreplicable esa visión.

Pero la cultura no es algo dado de manera automática, espontánea, ni necesariamente pacífica, es producto de una serie de procesos históricos y dialécticos entre los integrantes y sus motivaciones (como el poder, el dominio, la supervivencia y la autonomía) que se han dado a veces de manera violenta y destructiva, pero las más de forma pacífica, porque es precisamente el entendimiento racional el que genera los valores y actitudes comunes que los miembros necesariamente y de manera vital llegan a aceptar.

La cultura no es solo una abstracción intelectual como lo enfatizaba Louis Althusser al referirse a la ideología:⁶⁹

La cultura no posee existencia ideal, sólo existe a través de sus manifestaciones concretas, es decir:

1. - El lenguaje y las diversas prácticas discursivas;
- 2.- Un conjunto de instituciones y prácticas sociales;
- 3.- Una particular manera de reproducirse en los sujetos, conservando Sin embargo idénticas formas en cada cultura.

En términos generales, puede catalogarse a la cultura como un tipo de tejido social que abarca las distintas formas y manifestaciones concretas de un grupo social y por ello sus costumbres, tradiciones, las prácticas, la idiosincrasia, el

⁶⁸ Burdeau, Georges, *Tratado de Ciencia Política*, México, ENEP Acatlán, UNAM, 1995, t. IV, p. 222.

⁶⁹ Cros, Edmond, *op. cit.*, p. 88.

carácter colectivo, las expresiones, los rituales, los tipos de vestimenta y las normas de comportamiento, entre muchos aspectos, son expresiones de la cultura. Para la UNESCO:⁷⁰

La cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o grupo social. Ella engloba además de las artes y letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias, Todos los seres humanos tienen la necesidad y la capacidad de crear. El hombre es el medio y el fin del desarrollo; no es la idea abstracta y unidimensional del Homo economicus, sino una realidad viviente, una persona humana, en la infinita variedad de sus necesidades, sus posibilidades y sus aspiraciones...Por consiguiente, el centro de gravedad del concepto de desarrollo se ha desplazado de lo económico a lo social, y hemos llegado a un punto en que esta mutación empieza a abordar lo cultural.

Así la cultura viene a ser el contexto inmaterial que permite al ser humano reflexionar sobre sí mismo y su entorno en tanto grupo social y mediante ella genera valores y busca nuevas significaciones de su papel en la realidad y en el universo histórico.

Comúnmente, el término “cultura” define ideas diferentes:⁷¹

- Interés y atracción por las bellas artes y las humanidades o la ciencia, lo que también se conoce como alta cultura.
- El cumulo de conocimientos, creencias y estilos de conducta de un grupo humano, abarcando también los procesos de comunicación entre ellos y la manera de resolver necesidades.

La etimología del término “cultura” tiene un origen históricamente clásico y en varias lenguas de origen europeo; el vocablo “cultura” eso usado por Cicerón, en su obra *Tusculanae Disputationes*, al referirse a la necesidad de realizar una cultivación de tipo espiritual o “*cultura animi*” y, para ello, se usaba un mito refiriéndose al ámbito agrícola que permitía entender de manera más clara el desarrollo de un alma filosófica que fue apreciada como uno de los ideales de perfección humana más altos. Inicialmente en sus primeras acepciones, *cultura* se refería al cultivo agrícola.

⁷⁰ Oficina de la UNESCO en México, <http://www.unesco.org/new/es/mexico/work-areas/culture/>

⁷¹ Campos Nieto, Miguel, *Diccionario de Sociología*, Madrid, Planeta, 2011, p. 61.

Semánticamente, “cultura” proviene del término latín *cultus*, que surge de la voz *colere*, que se refiere a la actividad agrícola y agropecuaria. Hacia el siglo XIII, el término se usaba para referirse a una parcela bien cultivada; luego cambiaría su sentido como estado de algo a un concepto relacionado con la acción como el cultivo agrícola o el trabajo agropecuario que es más o menos el sentido en que se emplea actualmente al referirse gramaticalmente a ámbitos de la misma dimensión como agricultura, apicultura, piscicultura y floricultura. Posteriormente, el término adquiere una connotación metafórica y más intelectual como el cultivo de cualquier facultad o capacidad.

Como se ha visto, el término surgió en Europa a finales del siglo XVIII, en esa época era común aplicarlo a un proceso de perfeccionamiento como en la agricultura; posteriormente, en el siglo XIX, pasó a aplicarse al proceso de refinamiento personal, especialmente a través de la educación y después al logro de aspiraciones colectivas como los nacionales.⁷²

La tradicional contraposición de oposición entre cultura y naturaleza también proviene de ese tiempo y para las postrimerías de la Revolución Francesa se acuña la identidad del concepto cultura en una dimensión más intangible e intelectual como “espíritu natural”. Para algunos de los teóricos de ese tiempo como Rousseau, se definía la cultura como un aspecto diferenciador de los seres humanos y que los coloca en una posición superior a la de los animales. Entonces la cultura vendrá a ser el conjunto de conocimientos acumulados por la humanidad a través de su historia y como consecuencia adquiere una dimensión más universal y se empleará en forma distintiva de todo grupo humano sin ninguna clase de exclusión y será el producto por excelencia del género humano.⁷³

Posteriormente, Pufendorf otorga al concepto una interpretación de carácter más actual y semejante, pero prescindiendo de la filosofía como la perfección natural humana. Para este teórico, los aspectos representativos de cultura y que, posteriormente, se retomarán “se refieren a todas las formas en la que los humanos

⁷² *Ibidem*, p. 117.

⁷³ Véase: Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, cit., p. 55.

comienzan a superar su barbarismo original y, a través de artificios, se vuelven completamente humanos”.⁷⁴

Fue en la primera mitad del siglo XIX cuando algunos autores usaron el término “cultura” para identificar la capacidad humana de integrarse a los desafíos y coyunturas históricas, conservando a pesar de ello sus rasgos que los definen como grupo y bajo este esquema para Georg Simmel, la cultura se refiere a “la cultivación de los individuos a través de la injerencia de formas externas que han sido objetificadas en el transcurso de la historia”.⁷⁵

Para el siglo XX, se redefine al concepto y la “cultura” se sitúa como un término fundamental de las ciencias sociales, refiriéndose a todos los fenómenos humanos que no provienen del proceso y ámbito genético, es decir que no se adquieren de manera natural y biológica sino en un contexto social de manera a veces consciente y otras inconsciente, pero que impregnan al grupo de una identidad específica.

Pero para el presente estudio, el concepto de cultura como conjunto de valores y creencias es la idea que nos interesa y, en tal sentido, para Tylor, la cultura es:⁷⁶

Aquel complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre. La situación de la cultura es las diversas sociedades de la especie humana, en la medida en que puede ser investigada según principios generales es un objeto apto para el estudio de las leyes del pensamiento humano y la acción del hombre.

Por su parte, Javier Rosendo describe la cultura como “el conjunto de rasgos que caracterizan a una región o grupo de personas, con respecto al resto, que puede ir cambiando de acuerdo a la época en la cual se vive. Estos rasgos pueden abarcar la danza, tradiciones, arte, vestuario y religión”.⁷⁷

Es en el periodo de la posguerra cuando se fortaleció el interés de las ciencias sociales por el fenómeno de la cultura como fenómeno, que si bien había sido históricamente abordado, no se había determinado su impacto social y surge la

⁷⁴ Campos Nieto, Miguel, *op. cit.*, p. 119.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 133.

⁷⁷ Salazar Ugarte, Pedro, *Cultura de la Legalidad y Democracia*, México, Cuadernos del IFE, 2008, núm. 22, p. 122.

necesidad en conocer si la cultura de un determinado grupo era un factor que insidía en su desarrollo político, el tema se analizó desde diversos enfoques siendo el antropológico y el sociológico los principales y la idea era conocer como la cultura había impactado el desarrollo político y económico de las naciones del mundo.

Ciertos estudios tomaban como referente *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo* de Max Weber, obra de finales del siglo XIX; según la cual, el espíritu emprendedor que imprimía el protestantismo en los creyentes al motivarlos a interpretar por si mismos la Biblia era un rasgo que incidía en el progreso de las naciones que lo practicaban en contraste con el del catolicismo donde al depender los creyentes de la predicación e interpretación del sacerdote caían en un esquema de conformismo, pero independientemente del acierto de las tesis del sociólogo alemán en el tema el enfoque que dio a la ideología de una comunidad y su relación con el desarrollo material fue lo que incentivó a otros a dirigir sus miradas a esta nueva manera de analizar la relación que pudiera haber entre una comunidad y la forma de pensamiento de sus habitantes o sea su cultura.⁷⁸

En 1963, surge la obra denominada *The civic culture* de Almond y Verba y el aspecto novedoso era intentar encontrar la relación que existía entre una democracia y el tipo de organización política; el resultado de la misma generó polémica porque los autores concluyeron que una democracia requería para su existencia y éxito de una cultura particular a las que ellos denominaron *cultura cívica*, la que consideraron como condición para que dicho esquema político tuviera éxito y generara el bienestar material para sus integrantes. Obviamente habrá que comentar que a diferencia del desarrollo económico que relacionaba Weber con la cultura, Almond y Verba lo hacían con el desarrollo político y es en este contexto en el que se empieza a desarrollar el concepto de cultura política.⁷⁹

No obstante, en las siguientes décadas se abandonó la idea postulada por los autores y se buscó más en otros aspectos como el colonialismo o la dependencia externa el factor que explicaba las diferencias entre naciones desarrolladas y pobres y es hasta los 80's que nuevamente se retomó el tema de la cultura como variante

⁷⁸ *Ibídem*, p. 222.

⁷⁹ *Ibídem*, p. 55.

explicativo en las Ciencias Sociales y es en este escenario cuando se publica la obra *El Subdesarrollo está en la Mente: el caso latinoamericano*, en el que Lawrence Harrison concluye que la cultura de las naciones latinoamericanas parecían tener como factor común a la cultura como un obstáculo para alcanzar el desarrollo y para ello hacia un contraste, entre los resultados que generaron en Europa el Plan Marshall y en América Latina la Alianza para el progreso; de ello, se resalta la idea de que una condición de estas naciones para lograr el desarrollo económico y político es el cambio cultural también.⁸⁰

Como era de esperarse, las reacciones a la obra no se hicieron esperar en el mundo académico y diversos autores latinoamericanos tacharon a la investigación de cierta inspiración racista, pero muchos otros (el autor en la obra consultada no refiere cuales) vieron en la misma la oportunidad para abundar en los trabajos que antes habían analizado Robert Putman y Francis Fukuyama y esto derivó en más investigaciones que abundaban en nuevos conceptos como el de capital social y otros que tenían como objeto mediato indagar la relación que se daba entre la cultura de una sociedad y el grado de desarrollo político y económico.⁸¹

3.2. Cultura y civilización

Un elemento que es inherente al fenómeno de la cultura y que desde su inicio ha permanecido necesariamente ligado a su análisis y consideración es el de civilización, bien como presupuesto o como producto pero no se puede hablar de uno sin considerar el otro. Es la cultura el marco de generación de la civilización dirían unos y otros que esta es su producto refinado. Es en tiempo de la Ilustración cuando surge otra de las clásicas contradicciones en que se inserta a la cultura, esta vez como expresión de la civilización. Esta percepción surge en un primer momento en Francia refiriéndose a la refinación y perfeccionamiento de las costumbres.⁸²

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 66.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 78.

⁸² Campos Nieto, Miguel, *op. cit.*, p. 188.

En cambio, civilización es una palabra que evoca desarrollo y evolución humana en tanto colectividad. Desde esta perspectiva, la civilización viene a constituir un estado de la Humanidad en el que aspectos negativos como la ignorancia y las costumbres más rústicas han sido superadas y las actitudes y relaciones sociales se hallan en una etapa más elevada. La civilización no es un proceso agotado de una vez por todas, es constante, dinámico y conlleva el mejoramiento progresivo de las leyes, costumbres, formas de gobierno, el conocimiento y demás aspectos que inciden en la vida social. Pero se ha de decir que como la cultura también es un proceso universal que incluye a todas las naciones, incluso a los más atrasados en la línea de la evolución social y material. Por supuesto que los indicadores con los que se medía el grado de desarrollo de una sociedad eran los de su propia sociedad.

Rousseau y Voltaire se mostraron contrarios a aceptar esta concepción progresista de la historia y en cambio sugirieron una versión más relativista aunque sin éxito, pues la corriente dominante era la de los progresistas y la idea de cultura como expresión de progreso arraigada.⁸³

Y fue en Alemania donde las posturas relativistas ganaron mayor fortaleza. El término *Kultur* aparece en esa nación hacia el siglo XVII aproximadamente con la misma distinción que en francés y posteriormente en el siglo XVIII se consolida entre los intelectuales burgueses; en parte, esto se debió a su uso para denostar a los aristócratas, a quienes acusaban de imitar las maneras “civilizadas” francesas. Por ejemplo, Kant apuntaba que “nos cultivamos por medio del arte y de la ciencia, nos civilizamos (al adquirir) buenos modales y refinamientos sociales”, por lo tanto, en Alemania el término civilización fue equiparado con los valores cortesanos, calificados de superficiales y pretenciosos”.⁸⁴

3.3. Cultura política

Siguiendo la línea que se asentó en el tema de la cultura y civilización, se puede afirmar que cultura política es el conjunto de conocimientos, valores, e ideales que

⁸³ Véase: Voltaire, *Ensayo Sobre las costumbres*, Madrid, Herder, 1988, p. 55. También: Rousseau, Jean Jacques, *Discursos a la Academia de Dijon*, Madrid, Sígueme, 1997, p. 77.

⁸⁴ Kant, Emanuel, *Fundamentación de la Metafísica...*, cit., p. 55.

un grupo humano genera y exhibe frente a los fenómenos de poder que surgen en su ámbito y esos aspectos se refieren tanto a las aspiraciones políticas como a las normas jurídicas que rigen su gobierno y son manifestación tanto del devenir histórico en torno al fenómeno del poder político como de los acontecimientos materiales mismos y que definen a esa comunidad humana.

Esa concepción de cultura política se ha usado en la ciencia política para explicar el fenómeno a partir de la posguerra y se ha perfilado como una postura alternativa a la visión marxista en el tema del poder político y este concepto se ha visto enriquecido gracias a las tecnologías de la comunicación e información que han aportado mayor información sobre la cultura política de todas las comunidades humanas que en torno al tema del poder político.

Algunos autores -como Pierre Bourdieu y Robert Putnam- se refieren a los “legados sociales” o del “capital social”, que vinculan a generación con otra por lo que entendida así, la cultura genera identidad social en los sujetos que la albergan y además genera sentido de pertenencia a un grupo que se considera a sí mismo único en el universo humano. La cultura otorga unidad a la colectividad porque concentra valores, experiencias históricas y comunes que los hacen sentir como pertenecientes a tal grupo y eso hace la distinción entre los diferentes grupos, los que compartiendo el rasgo común de ser humanos se diferencian por el proceso que genera en ellos valores y actitudes distintas e irrepetibles.⁸⁵

Al interior de una cultura dominante y compleja es posible hallar también grupos al interior denominados subculturas, por ello para referirnos a una cultura que nos permita referirnos a un “nosotros” relativamente amplio, es necesario identificar el núcleo cultural que aglutina las diversas actitudes y visiones dentro del grupo general, ese núcleo genera los referentes hacia los subgrupos lo que hace único al grupo general, pero es necesario observar este enfoque cultural desde los individuos que integran el grupo y viéndolo así la cultura adquiere una perspectiva personal que se manifiesta como la disponibilidad personal hacia ese conglomerado de aspectos sociales a que se comparten de una u otra forma y de esta manera puede decirse que alguien pertenece a una cultura cuando comparte con otros

⁸⁵ Véase: Salazar Ugarte, Pedro, *Cultura de la Legalidad...*, cit., p. 55.

integrantes el apego al núcleo cultural central, aunque al mismo tiempo también posea valores provenientes de otras culturas.

Al cuestionarse sobre la cultura política de una determinada sociedad es necesario conocer el grado de aceptación de los valores políticos de ese mismo grupo por parte de sus miembros, es decir, como perciben el conjunto de relaciones que se dan al interior y que tienen que ver con el ejercicio y distribución del poder y como las asumen; pero debe aclararse que no es el comportamiento propiamente dicho de los ciudadanos sino su grado de adhesión a las instituciones encargadas de encauzar dicho tema erigidas al interior del grupo, por eso para investigar el grado de cultura política de un grupo no se analiza el nivel de participación en procesos electorales de sus integrantes sino las razones que los motivan a actuar de determinada manera, de hecho en la investigación social que se realiza del tema interesa como las acciones sociales son determinadas por la cultura del grupo y en el caso de las instituciones porque las mismas generan distintos resultados en sociedades diversas.

3.4. Cultura de la legalidad y Estado de Derecho

En el presente apartado, se determinará la vinculación entre cultura de la legalidad y la cultura política; se puede afirmar que ambos aspectos son un subproducto de la cultura y a su vez la primera está vinculada a la segunda, aunque debe decirse que no se agota en la misma porque la cultura de la legalidad es una variable válida por sí misma, es decir si bien se vincula a la cultura política posee un grado de independencia que debe analizarse de manera separada, ambos aspectos comparten una relación directa con la cultura general de una sociedad y si bien la cultura política es más amplia, la de la legalidad constituye un ámbito que por su contenido se hace distinta de la otra.

Un aspecto que vincula los ámbitos mencionados es el del poder como un elemento enlazante, porque el derecho es un producto del ejercicio del poder político por lo que la legitimación del poder es en última instancia una legitimación de carácter jurídico, es decir solo la norma legal puede otorgar al poder la legitimación que necesita para existir y aplicarse en una sociedad regida por leyes,

porque lo acota y lo encauza y es el derecho y sus valores su cauce y no el ejercicio personal y su discrecionalidad que es más propio de regímenes despóticos; por ello, Max Weber había señalado que un poder político solo se legitima y es obedecido generalmente si se ejerce con fundamento en las leyes.⁸⁶

El poder político constituye monopolio legítimo de la fuerza y en la actualidad la legitimidad del poder político está necesariamente radicada en la norma, o sea, en el derecho y en la Constitución de un pueblo; de ello, se deduce que política y derecho están íntimamente relacionados y no es posible hablar de una sin considerar a la otra, pero al interior de una sociedad es posible que se generen diversas culturas de la legalidad, lo que se explica porque se vio que la esfera política es más amplia que la de legalidad y la de cultura general que es la básica de la que surgen estas.⁸⁷

Parte importante del tema es también distinguir la dicotomía que se presenta entre dos conceptos que son al mismo tiempo valores que imperan en una democracia: la legitimidad y la legalidad y es necesario resaltar el asunto porque en su relación subyacen los valores que una comunidad practica en su vida política, porque aunque son aspectos eminentemente de carácter político si tienen un peso innegable en la cultura e legalidad del grupo; el principio de legitimidad distingue el poder de derecho del poder de hecho y el de legalidad el poder del derecho del poder despótico, bajo este esquema puede haber un gobernante legal pero ilegítimo o legítimo pero ilegal.

Así puede afirmarse que la legitimidad se refiere al que gobierna pero inicialmente no se refiere al ejercicio del poder legal o ilegal de quien ejerce el poder político y en qué manera se relaciona esto con la cultura de la legalidad, es simple porque que también se puede cuestionar la legitimidad política o ética de una norma jurídica; en otras palabras, es posible cuestionar la legitimidad de alguna legalidad, y puede ser porque se cuestione o se rechace la legitimidad de la autoridad que la crea o porque esa norma no se encuentra justificada desde la perspectiva moral, social o política.

⁸⁶ Véase: Weber, Max, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 166.

⁸⁷ Véase: Laveaga, Gerardo, *Cultura de la Legalidad*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 133, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2250/2.pdf>.

Bajo esta apreciación subjetiva, la cultura política y la cultura de la legalidad pueden entrar en conflicto de conformidad con el escenario mencionado porque los valores en torno a la legalidad puede indicar que se deben obedecer las normas que rigen esa comunidad, pero la cultura política puede indicar que algunas normas no son legítimas porque se hallan en ellas discrepancia con otros valores como la equidad y la justicia, por ejemplo.

3.5. Estado de Derecho y legalidad

Tanto la cultura política como cultura de la legalidad son aspectos distintos pero íntimamente vinculados y en la vida colectiva inciden de manera directa o indirecta en el orden y desarrollo democrático por eso es necesario definirlos bien y señalar sus diferencias sustanciales ya que de ellos existen interpretaciones sociológicas, filosóficas, jurídicas y políticas. Por ello, una vez que se ha definido en que consiste la cultura y la vinculación entre cultura política y cultura de la legalidad es necesario ahondar en la relación de Estado de Derecho y legalidad.

Desde la antigüedad en la Grecia clásica, la legalidad ha sido un argumento y un fundamento para distinguir a un buen gobierno de un mal gobierno, en las obras de Platón y de Aristóteles resaltan las referencias a los gobiernos de los hombres y los de las leyes, así como sus virtudes y defectos, la disyuntiva entre la discrecionalidad impredecible del soberano y el carácter abstracto general e impersonal de las leyes, ha sido una dicotomía que ha marcado desde entonces el horizonte del pensamiento jurídico y político de la humanidad, y más en occidente.

Lo mismo afirmaba Bodenheimer al señalar que el derecho es un punto intermedio entre el despotismo y la anarquía, entre el criterio del monarca y el caos del desorden social.⁸⁸ Esencialmente, el Estado de Derecho no es más que el sometimiento del Estado a la ley y ese es el sendero por el que han transitado las democracias occidentales desde el mismo renacimiento cuando Maquiavelo, Hobbes, Locke y demás pensadores liberales dieron fin a la justificación divina del poder político y su ejercicio y lo sustituyeron por la soberanía humana como

⁸⁸ Véase: Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 55.

fundamento y destino del Estado y el gobierno,⁸⁹ lo que significa que la autoridad actuará solo en el marco que le señale la ley, lo que tampoco indica que este maniatado el Estado, solo se establece un cauce en el cual puede actuar y en ese sentido un presidente puede disponer mediante un decreto la muerte de opositores políticos, lo que será legal porque lo hace en las formalidades que la ley le indica es decir mediante el instrumento adecuado que es el Decreto.

Pero obviamente no será legítimo ni justo porque estará atentando contra los derechos humanos de los gobernados, de lo que se infiere que muchas veces la justicia no es asunto de legalidad sino de poder, lo mismo ocurrió con la legislación nazi que autorizaba confiscar bienes de judíos y su deportación o del Apartheid con la población negra en Sudáfrica, lo que infiere que la legalidad por sí sola no basta para ordenar una sociedad sino está impregnada de valores éticos que la sostengan y guíen. Esto significa que todo poder político organizado es consecuentemente un “Estado Jurídico”, es decir un “Estado con Derecho”, pero no necesariamente es un “Estado de Derecho”.⁹⁰

La doctrina moderna coincide en señalar que un Estado de Derecho no es aquel que solo posee normas, como las pudo tener el Estado nazi o el soviético, los que solo serían considerados como estados con derecho porque dichas normas autorizaban la violación sistemática de los derechos humanos, un Estado de Derecho es aquel que funciona bajo dos principios: primero, que respete el principio de legalidad que es aquel referente a que la actuación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial se hará en un marco de respeto y reciprocidad, es decir que el Ejecutivo y el Judicial actúan en base a lo que dispone en leyes el Legislativo y que el Judicial posea la libertad y autonomía necesaria respecto de los otros dos para cumplir su función de administrar justicia y segundo, que contenga las normas e instituciones necesarias para garantizar el respeto a los derechos humanos.

Este fenómeno obedece a un largo proceso histórico que solo fue consolidado después de la Segunda Guerra Mundial cuando los horrores del conflicto generaron en las conciencias de los individuos y sus naciones la convicción de que no era el

⁸⁹ Véase: Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, México, Porrúa, 1997, p.44. También: Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, México, Porrúa, 1989, p. 44. Locke, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, op. cit., p. 44.

⁹⁰ Véase: Salazar Ugarte, Pedro, *Cultura de la Legalidad*, cit., p. 55.

Estado la fuente y destino de todo poder no es como pensaba Hegel cuando señalaba que “El Estado es el único ente que, por medio de la formulación de la ley y el ejercicio del poder, expresa la plenitud de la racionalidad y la libre voluntad. Las personas, las familias y la comunidad religiosa están totalmente subordinadas a la ley y el poder del Estado”.⁹¹

La interpretación y aplicación radical de las ideas hegelianas en la realidad concreta históricamente ha llevado a lo largo de la historia a la instauración de regímenes políticos totalitarios como el fascismo y el comunismo que en su afán de depurar el grupo social no dudaron implementar campos de concentración, limpiezas étnicas, selección genética, o a la eliminación de la religión de toda forma de vida pública que atentara con los principios y valores oficiales; por ello, los redactores de la Carta de la ONU privilegian ahora a las personas como origen de toda soberanía política y por ende de toda ley positiva, esta inversión es a la que Bobbio denominó “la gran revolución copernicana de la modernidad”, porque por fin zanja la discusión centenaria si era el Estado la fuente de poder o los individuos.⁹²

3.6. La dimensión social de las normas

El asunto de la legalidad en un grupo humano no solo debe apreciarse desde la perspectiva de fenómeno político, sino también desde de la óptica de los gobernados que son destino de las normas que en una democracia, al menos de manera indirecta son sus autores; en efecto, la legalidad abarca la vida de las personas en dos aspectos: primero, en su relación con los poderes políticos como autores y al mismo tiempo destinatarios de las normas; segundo, en sus relaciones individuales con los demás miembros de su colectividad.⁹³

Porque es un hecho que las normas jurídicas en todo grupo social, ya sea o no un estado jurídico o un Estado de Derecho, tienen por objeto encauzar y acotar la conducta de los individuos hacia las metas que están impregnadas en las mismas normas y que al menos de manera indirecta son las que ellos mismos plasmaron

⁹¹ Hegel, Wilhelm Frederick, *Fenomenología del Espíritu*, México, Porrúa, 2009, p. 44.

⁹² Véase: Salazar Ugarte, Pedro, *Cultura de la Legalidad*, cit., p. 112.

⁹³ *Ibíd.*, p. 99.

porque los consideran valiosos y éticamente deseables para garantizar el orden público y el desarrollo de la personalidad de todos en tanto individuos y en tanto grupo colectivo y desde esta perspectiva “son las reglas del juego de la convivencia colectiva”, diría Pedro Salazar Ugarte.⁹⁴

Porque una sociedad donde no existan reglas claras sería presa del caos y de la anarquía e imperaría como consecuencia la ley del más fuerte, la ley de la selva, porque las personas actuaría siguiendo solo los designios de su conciencia o de sus más primitivos e irracionales deseos, esto sería frecuente y la realidad donde la autoridad pública ha sido debilitada lo ha demostrado⁹⁵, porque es más fácil actuar siguiendo meros instintos que no requieren esfuerzo intelectual y que solo tienen por propósito garantizar la supervivencia básica, la que también tiene como objeto la satisfacción del ego y el dominio de los otros.

“La anarquía es la cueva de la discrecionalidad y esta es la cuna de los abusos, en cambio el derecho es el punto medio entre dos ámbitos el despotismo y el de la anarquía” como diría Edgar Bodenheimer⁹⁶, es el intento de conciliar y solucionar las diferencias que se dan naturalmente entre los intereses de los individuos por medios racionales o pacíficos de manera justa, entendiendo por justicia el valor que los mismos individuos conciben como tal de manera mayoritaria, y hay que decirlo que esto es válido para cualquier tipo de organización jurídica y política es decir cualquier Estado jurídico o de Derecho, tomando en cuenta que es hasta hace unos 100 años cuando se empezó a discutir y conformar lo que se conoce como Estado de Derecho y que la humanidad tiene aproximadamente 4000 años de convivir de manera colectiva y agrupada bajo esquemas políticos y jurídicos, en los que la convivencia ha tenido fines autoritarios o totalitarios dejando al individuo y sus derechos prácticamente sin ser tomados en cuenta, por ello se puede decir que el Estado de Derecho es el estadio más reciente y más alto de la evolución jurídica y política de la humanidad.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 122.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 88.

⁹⁶ Véase: Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 88.

Porque después de todo la finalidad última de la norma es garantizar el orden y la paz pública y para ello necesita de la disposición de los individuos a obedecer lo que teóricamente ellos mismos se dictan a sí mismos como algo deseable y bueno para todos y también debe existir un poder centralizado que sea capaz de obligarlos a su cumplimiento, por eso se puede concluir que todo orden estatal requiere de la conjunción de tres principios en la realidad: primero, que los individuos cedan su libertad natural y la fuerza inherente personal esa con la que nacen a la organización colectiva la que la depositara en una institución denominada Estado⁹⁷, la raíz del contrato social rousseauiano por el que el ciudadano a cambio de su libertad natural cedida recibe la libertad civil, segundo: el diseño y establecimiento de reglas de valor colectivo tendientes a resolver pacíficamente los conflictos y tercero, la creación de un poder central integrado por los poderes de las partes que se encargue de ejercer de manera exclusiva la fuerza para obligar a todos a cumplir con las reglas.

Cuando este pacto se viola la comunidad se encamina hacia el estadio que dejo atrás y que es la anarquía donde impera la ley del más fuerte y la desintegración y el aniquilamiento de unos por otros es el destino siguiente, por ultimo hay que resaltar que solo los Estados de Derecho garantizan con su estructura y funcionamiento algo más que la sola paz social porque apuntan a la protección de los derechos de las partes, de los individuos en tanto sujetos de dignidad y ostentadores originarios del poder político y de la capacidad jurídica.

3.7. El origen del concepto de cultura de la legalidad

El origen histórico del concepto surgió en la obra *La Cultura Cívica* de Gabriel Almond y Sidney Verba; los que referían que la cultura política de una colectividad humana se refiere a la ostentación común por parte de sus integrantes de ciertas actitudes hacia los asuntos políticos.

Esa definición se refiere a convicciones internas de objetos, fines y relaciones, que se traducen en tres aspectos: una “orientación cognitiva”, es decir, el conocimiento y convicciones sobre el sistema político; una “orientación afectiva”, es

⁹⁷ Véase: Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, cit., p. 66.

decir el conglomerado de apreciaciones sensibles sobre el sistema político; y una “inclinación valorativa”, derivada de los juicios, razonamientos e ideas acerca del fenómeno político que al mismo tiempo vinculan también la relación de criterios de valor con la información y los sentimientos. Otro aspecto considerable en el tema es la clasificación que hace Gerardo Laveaga en cuatro categorías que hacen de los objetos o fines hacia los que en su opinión se dirige la orientación política del individuo.⁹⁸

- El orden social global incluyendo sentimientos comunes como el nacionalismo, la xenofobia o el desprecio por las minorías, la percepción y valoraciones de la nación por su dimensión geográfica y su poder y de un sistema político de determinado como socialista, democrático, constitucional, etc.).
- Los aspectos fundamentales del sistema político y que se relacionan con el proceso político en su vinculación ciudadano-gobierno, es decir, el flujo de demandas sociales al sistema y la conversión de dichas demandas en principios gubernativos de autoridad, mediadas por instituciones como los partidos políticos, los grupos de interés y los medios de comunicación.
- Los elementos de salida del sistema político, relacionados con el proceso administrativo, que es aquel mediante el cual son aplicados o impuestos los principios de autoridad del gobierno.
- Orientaciones hacia “uno mismo”, en tanto elemento político activo, y el contenido y la cualidad del sentido de competencia personal confrontado con el régimen político.

Desde esta perspectiva, la cultura política se construye por la frecuencia de las apreciaciones cognitivas, afectivas y evaluativas que se generan hacia el sistema político por parte de los ciudadanos, así como sus aspectos internos y la misma ciudadanía como integrante dinámico del proceso político. A partir de ello, Laveaga resalta también tres tipos básicos de cultura política:⁹⁹

- Parroquial, donde los ciudadanos sólo son conscientes de la presencia del gobierno central, y viven sus vidas lo suficientemente cerca de las decisiones tomadas por el Estado, distantes y sin ser conscientes de los fenómenos políticos. No tienen conocimiento ni interés en la política.
- De súbdito, aquí los ciudadanos son conscientes del gobierno central, y están sometidos a sus decisiones con poco margen para opinar y menos para disentir. Los individuos son conscientes de la política, de sus actores e instituciones. Está afectivamente orientados hacia la política, pero está en el lado del “flujo descendente” de la política, esto es, del proceso administrativo más que del proceso político, es un tipo congruente con una estructura autoritaria centralizada.

⁹⁸Laveaga, Gerardo, *Cultura de la Legalidad*, cit., p. 90.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 99.

- Participante, en este modelo los ciudadanos si influyen en el gobierno de varias maneras. El individuo está orientado hacia el sistema como un todo integral del que forma parte, tanto a las estructuras como a los procesos políticos y administrativos. Este tipo es generalmente congruente con una estructura política democrática.

Por ello se puede decir que cada cultura política concreta es una mezcla distinta de estos aspectos ideales y difiere de las demás por la forma en que los combina.

3.8. El capital humano y social

Otro importante aporte en la discusión del tema surgió en la década de los 80's, con las obras *El Renacimiento de la Cultura Política*, de Ronald Inglehart y *Una Teoría Culturalista del Cambio Político*, de Harry Eckstein.¹⁰⁰

Inglehart afirma que en el análisis del caso se había subestimado la relevancia y vinculación de los factores culturales de una comunidad en el funcionamiento político, con ello se resalta la percepción de que el éxito de la democracia ameritaba la existencia previa de ciertas actitudes de los ciudadanos que integran esa colectividad. El autor obtuvo información a partir de estudios de campo que realizó en diversas naciones y que le mostraban de manera determinante la relevancia que tenía una serie de elementos en el desarrollo social como la confianza que se generaba entre los mismos ciudadanos, que al mismo tiempo era reflejo de la confianza que ellos tenían respecto a sus instituciones políticas, así como la vigencia de una percepción de bienestar subjetivo relacionado con la satisfacción personal respecto a su vida personal y en sociedad. La información que obtuvo le indicó que naturalmente existían diferencias entre las naciones respecto a esos temas cuestionados y que en cada sociedad las variables mostraban una importante y constante estabilidad; Inglehart la explicaba debido a la existencia de un factor de índole cultural subyacente que era manifestación de la experiencia histórica individual y colectiva de cada colectividad humana.¹⁰¹

¹⁰⁰ Véase: Roderick, Al Camp. *Visiones ciudadanas de la democracia en América Latina*, trad. Paula Andrea Mosesso, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 66, <https://books.google.com.mx/books?isbn=9682326982>.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 55.

Más adelante y con nueva información obtenida y proveniente de 77 países en el periodo de 1981 y 2000, Inglehart halló una vinculación entre el grado de democracia de cada colectividad y el nivel que poseían una serie de convicciones y valores democráticos que ostentaba la población de esos grupos sociales; dicho de otro modo, existía una vinculación directa entre ambos aspectos. Las variables culturales relevantes en el estudio fueron la confianza entre los individuos, el sentimiento de bienestar subjetivo, la apertura, el activismo social y político, así como un interesante test mediante el cual se interrogaba a los ciudadanos si otorgaban más importancia la participación ciudadana en las decisiones de gobierno y a la libertad de expresión que a las funciones del gobierno para mantener el orden público y abatir la inflación.¹⁰²

Eckstein, por su lado, manifiesta la relación que se presenta entre la cultura política y la intensidad de transformaciones políticas. En su obra *A Culturalist Theory of Political Change* manifestó que los individuos de una comunidad no se expresan de forma directa a determinadas situaciones concretas sino que lo hacían mediante ciertas aptitudes que los llevaban a comportarse de cierta forma ante factores determinados. Para el autor, esas orientaciones formaban parte de una serie de elementos culturales colectivos que se ostentaban frente a temas como como la confianza, la igualdad y la jerarquía, la libertad y la coacción y las identificaciones que se daban al interior de la comunidad y a nivel nacional.

Estos resultados indicarían según el autor cómo las actitudes culturales son disposiciones generales que modelan posteriormente las acciones colectivas. Las orientaciones, como es lógico, varían entre cada grupo humano y no son el mero reflejo de situaciones objetivas y al ser variables son integradas por otro elemento que presenta diversidad, la cultura a través de procesos de integración social y aprendizaje constante de cada individuo.¹⁰³

La evolución de la idea de cultura política tuvo en los 90's un impulso notable con la publicación del trabajo de Robert Putnam, denominado *Making Democracy Work*, en la que llevó a cabo un estudio con gobiernos locales en Italia y que tenía

¹⁰² *Ibidem*, p. 77.

¹⁰³ *Ídem*.

como objetivo conocer e identificar los factores subjetivos y cualitativos que favorecen a una democracia para que funcione bien.

El proyecto arrojó información de que el éxito en la creación y funcionamiento de las instituciones democráticas es proporcional directamente a la previa existencia de un contexto social caracterizado por la presencia importante de agrupaciones ciudadanas, la confianza inter personal y las normas y valores de solidaridad que se daban entre los ciudadanos; identificando estos aspectos como los determinantes del capital humano y social, concepto cuya aplicación ha generado una importante cantidad de iniciativas en tal sentido por parte de gobiernos, asociaciones ciudadanas y organismos internacionales.¹⁰⁴

3.9. ¿Qué es la cultura de la legalidad?

La cultura política de un grupo humano se define como el cumulo convicciones, ideales, representaciones, expectativas y anhelos que le otorgan cierta identidad política; por ello, es concebible como una característica a alcanzar. Una sociedad democráticamente desarrollada requiere para su buen funcionamiento de una cultura política de la legalidad entre sus ciudadanos. Esta cultura al mismo tiempo amerita la confianza ciudadana en que las acciones llevadas a cabo por el poder político están ajustadas a principios de justicia, imparcialidad y encaminadas a la defensa de los derechos fundamentales de todos los integrantes.

El gobierno de la ley, a su vez, necesita para su éxito de la previa y prolongada existencia de una cultura política de la legalidad que conciba y transforme a cada individuo en un ciudadano, porque la ciudadanía es uno de los elementos fundamentales de las sociedades actuales. Pero también se debe insistir que los ciudadanos no surgen de manera espontánea sino que se cultivan en el acatamiento de la ley.

El respeto a la vida cívica, a la vida comunitaria y a la legalidad, genera la construcción de una convivencia social abierta y respetuosa de los derechos de todos y una vida pública ordenada y democrática. Aunque es verdad que la vida en sociedad amerita libertades civiles, pero el ciudadano libre sólo existe en una

¹⁰⁴ Ibídem, p. 97.

sociedad gobernada por el la sujeción a las leyes de todos, incluida la autoridad política, entonces la vida pública lo constituye el gobierno de la legalidad.¹⁰⁵

Se ha dicho que la legalidad es determinante para la construcción y la vigencia del Estado de Derecho y la democracia ya que garantiza el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales y permite también el cumplimiento de las obligaciones ciudadanas y también genera de alguna manera que la justicia esté al alcance de todos los integrantes de esa comunidad y que el trato que el gobernante debe proporcionar a todos sea igual. La legalidad también es equitativa porque teóricamente ante la ley todos los individuos son iguales, no hay discriminación alguna y es necesaria a la relación entre autoridades y gobernantes, pero de la misma forma a la relación entre los propios ciudadanos, es decir, se trata de un asunto que cala a todos porque es un asunto cultural.¹⁰⁶

La legalidad consecuentemente amerita de un proceso pleno de reflexión y racionalidad porque cuando no se aplica es común creer que los beneficios inmediatos de los actos ilegales son suficientes para asegurar la debida convivencia social. Es decir, si los individuos creen es posible alcanzar cierta y mejor calidad de vida coadyuvando en actos de corrupción, lo que cierto les proporciona un beneficio inmediato, bastaría con ampliar a todos ese parámetro de conducta. Esto es, pensar que la sociedad dominada por la corrupción sería buena aunque sea incongruente con un régimen de legalidad. La asimilación correcta del tema sólo puede ser resultado de un proceso educativo y formativo en el que intervengan ciudadanos y autoridades por igual.

¹⁰⁵ En una sociedad democrática desarrollada cuando el orden jurídico funciona de manera eficiente e imparcial su necesario factor subjetivo vendría a ser la continua aceptación ciudadana de esa justicia, así como en la capacidad para afrontar y solucionar de manera eficaz los conflictos, entonces la vigencia del sistema jurídico depende lógicamente de la fortaleza y amplitud de una cultura política de la legalidad entre sus ciudadanos.

¹⁰⁶ Véase: Laveaga Gerardo, *Cultura de la...*, cit., p. 188.

CAPÍTULO CUARTO

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

SUMARIO: 4.1. *El hombre, ser sociable por naturaleza*; 4.2. *La libertad de expresión como derecho humano*; 4.3. *Evolución histórica*; 4.4. *Libertad de expresión y sociedad*; 4.5. *Su dimensión individual y social*; 4.6. *Diálogo y debate público como esencia de la democracia*; 4.7. *Libertad de expresión como fundamento de la civilización*.

4.1. El hombre, ser sociable por naturaleza

El hombre es un ser social por naturaleza, posee la necesidad de entablar relaciones con los demás seres humanos y en ese ambiente genera las condiciones propicias para desarrollarse y realizarse en tanto ente individual y como integrante de una colectividad social en la que encuentra su destino ontológico.

Es en sociedad donde el hombre encuentra su contexto ideal para realizarse como ser con derechos y dignidad, ya lo dice Luis Escobar de la Serna cuando describe el trasfondo de la definición como animal social que del hombre hace Aristóteles: “es la sociabilidad el aspecto que desde esta enunciación no ha dejado de abordarse en el estudio y entendimiento de la naturaleza humana y de sus creaciones como la sociedad, el Estado y el derecho”.¹⁰⁷

La simple necesidad de comunicarse con sus semejantes entraña un acto que engloba en principio una necesidad extraordinariamente vital y luego un derecho; en efecto, en el ámbito social y cuando impera el orden legal la necesidad de comunicarse se traduce en una disposición jurídica en cuanto nace el derecho y asigna valores a la conducta humana, especialmente a los aspectos vitales para garantizar la vida individual y el orden en la colectivo, las diferentes maneras y grados de comunicación generan diferente valoración, desde la simple voz humana y sus expresiones como silbidos o el uso de medios externos como tambores, trompetas u otros medios hacían más compleja y eficaz la comunicación entre personas y de este sencillo acto de entablar un diálogo puede decirse que nace la civilización que no es más que la suma de las voluntades y expresiones de los

¹⁰⁷ Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la Información*, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2004, p. 72.

individuos que integran una sociedad, de allí que los grandes imperios otorgaran un valor elevado a los sistemas de comunicación que incluían códigos, mensajeros, rutas, naves y demás dispositivos.

No es posible entender la dimensión humana sin valorar su sociabilidad y la libertad de expresión como su mejor atributo.

4.2. La libertad de expresión como derecho humano

La libertad de expresión como derecho humano y después del derecho a la vida es quizá el más importante, permite expresar pensamientos, reflexiones, y todo aquello que el espíritu humano en su proceso interior genera en su interpretación de la realidad externa e interna, nada se le compara, quizá la realización de la personalidad humana radique en él.

Como consecuencia, las revoluciones más importantes que ha experimentado la humanidad y que generaron los principios éticos, políticos y jurídicos que dieron vida a las modernas instituciones tuvieron como inspiración la búsqueda de esta libertad y la exigencia de ella como derecho legítimo individual pero también colectivo; no se podría entender la historia humana sin él: “la esencia de lo humano se encuentra en la libertad de expresión, es el derecho que permite ser persona, desde pensar, opinar y saber en la libertad de buscar, recibir y brindar información” dirían los redactores en la introducción del documento denominado *Compromiso con la Libertad de Expresión* al resaltar este derecho en el desarrollo de la personalidad humana pero también de las sociedades.¹⁰⁸

El intercambio de ideas y pensamientos no solo permite el desarrollo de la personalidad individual también la social y la civilización con sus productos como la democracia son resultado de ello; la transición de la organización familiar a la tribal y luego a la comunitaria y a la estatal y nacional al final y hoy a la global, fue posible por la intervención de las ideas de sus integrantes, la superación de regímenes esclavistas y arbitrarios también se logró porque la idea de la libertad y de la

¹⁰⁸ Véase: Rodríguez Villafañe, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.), *Compromiso con la Libertad de Expresión. Análisis y Alcances*, México, Fundalex, 2010, p. 14.

igualdad y al final la de la dignidad humana pudieron construirse en el intelecto humano y luego transmitirse a los demás y al final imponerse como valor.

Nada mueve tanto a la rebelión contra un régimen despótico como la necesidad de libre expresión, no hay peor esclavitud que la de las ideas, no se es humano si no se puede expresar libremente lo que se piensa, lo que se sueña, lo que se añora, es la libre expresión de pensamientos lo que nos hace plenamente humanos y nos diferencia de lo irracional, de lo animal; el pensamiento libre genera revoluciones y cambia la historia, lo demostraron personajes de trayectoria mundial como Mahatma Gandhi y Nelson Mandela, cuyo mensaje de libertad no pudo acallar el absolutismo ni la prisión, por ello no es descabellado enunciar que la democracia moderna sin libertad de expresión sencillamente no existiría.¹⁰⁹

Considérese que la libertad de expresión y su ejercicio pleno por las sociedades humanas ha construido la moderna democracia, las revoluciones añejas tan lejanas aparentemente del mundo actual tienen su parangón; sin embargo, en los movimientos que por garantizar ese derecho se han desarrollado. En este tiempo actual, los movimientos sociales que transforman las estructuras caducas no son la excepción y la “declaratoria de independencia de Cataluña” muestra como la libertad de expresión sustituye a las armas y logra estremecer los conceptos y posturas tradicionales.¹¹⁰

Las instituciones democráticas actuales son el resultado de discusiones y debate intenso, entre el consenso y el disenso en torno a ellas y la transición al desarrollo democrático de las naciones emergentes entre las que se encuentra nuestro país, pasa necesariamente por ese proceso. La lucha por alcanzar el pleno derecho a la libertad de expresión no ha acabado y nada caracteriza mejor a las sociedades modernas como ese debate, que es la esencia de la democracia.

La cultura de la legalidad como una expresión del espíritu humano es quizá uno de ámbitos en los que la libre expresión adquiere dimensión cívica y ética.

¹⁰⁹ Véase: *Enciclopedia de Grandes Temas Grolier*, México, Grolier, 1978, t. 5, p. 77.

¹¹⁰ Véase: Erlanger, Steven, “El referéndum catalán, la UE y el balance entre derechos democráticos y soberanía”, *The New York Times*, 2 de octubre de 2017, <https://www.nytimes.com/es/2017/10/02/referendum-cataluna-union-europea-separatismo>.

La libertad de expresión, el derecho más sagrado de todos porque es el que nos proyecta como humanos, como entes dotados de espíritu racional a lo largo de la historia humana ha constituido el eje civilizador porque ha permitido la simple manifestación de ideas, de discusión y del debate necesarios para consensar entre los miembros de la sociedad la mejor forma de coexistir adoptando los principios, valores, reglas e instituciones necesarias para garantizar el respeto de todos a la igualdad, la libertad y la coexistencia pacífica y ordenada en beneficio de todos, no existe civilización que no haya surgido del entendimiento que el intercambio de ideas han generado por milenios.¹¹¹

A lo largo de la historia, se ha visto que hablar de civilización y hoy de democracia solo es posible si se considera la libre expresión como fundamento, ninguna otra libertad ha movido tanto a los hombres a luchar y dar su vida como esa y la democracia moderna tiene su sustento esencial en la libre participación de todos manifestando posturas y pensamientos que incidan en el mejoramiento del contexto social político y jurídico.

Solo los regímenes despóticos se han opuesto a la consagración de este derecho y el tiempo actual no es la excepción, la construcción plena de la democracia solo será realidad cuando no exista en el mundo nadie que se atreva a cuestionarlo, cuando se acepte que en una democracia cualquier tema es discutible por la vía racional y ordenada, pero hoy como antes los peligros por imponer posturas propias son latentes, la historia lo ha demostrado la contradicción humana pervive y solo la plena libertad de expresión puede generar las condiciones para un mundo mejor.

La civilización humana y su democracia con sus grandezas y miserias son el resultado dicto de la libre expresión de todos, de genios, de déspotas, de hombres de ciencia, de pensadores, de líderes, de visionarios, de toda la humanidad.

¹¹¹ Véase: Rodríguez Villafañe, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.), *op. cit.*, p. 88.

4.3. Evolución histórica

El periodo clásico greco-latino fue escenario de una escasa sino es que nula libertad de expresión al menos en el ejercicio pleno de este derecho de manera democrática, es decir para todos, si bien en el periodo helénico el nacimiento de la democracia permitió la libre determinación de los habitantes de las *Polis* para elegir a sus gobernantes y por ello fue un periodo brillante cuyo legado pervive hasta nuestros días, no puede decirse que se tratara de una libertad igualitaria y por tanto eficaz, tal derecho solo estaba reservado para los ciudadanos griegos y no así para mujeres y esclavos, las célebres discusiones que se llevaban en el *ágora* no permitían la participación de los excluidos que seguramente tenían que decir especialmente en el tema relacionado con su estatus social, pero quizá era demasiado pedir para un periodo convulso que basaba su economía y estabilidad en la esclavitud y la conquista militar.

No obstante, Desantes destaca el extraordinario valor que los griegos otorgaban a la libertad de expresión, "...la independencia del pensamiento griego fue el gran ejemplo para Roma que hasta el final del imperio, mantuvo a despecho de las luchas políticas, una actitud de respeto a la libertad de pensamiento y de expresión oral, tanto para Grecia como para Roma el escrito era el pensamiento mismo hecho cuerpo, grafiado..."¹¹²

Roma hereda de Grecia su cultura democrática, con valores éticos, políticos y jurídicos que trascienden hasta la época actual, y la libertad de pensamiento y de difusión de ideas que al principio otorgó a todos sin importar credo o nacionalidad con la única condición de pagar tributo y adorar al César como divinidad terrestre se vio opacada con la aparición del cristianismo cuyos seguidores no encuadraban en los supuestos expuestos para ser tolerados y pronto se les vio como un peligro para el poder y la estabilidad política que en la divinización del gobernante tenía su piedra angular, la prohibición del culto cristiano, la difusión de sus ideas, la persecución y exterminio de sus seguidores, la destrucción de sus textos marcaron

¹¹² Desantes Guanter, José María, *Fundamentos del Derecho de la Información*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1977, p. 52.

el fin de la libertad que gozaban los ciudadanos, y con ello inicia la oscura etapa de la censura y control político de la libre expresión.

En realidad, los postulados de los pensadores que albergaban la idea de los derechos naturales en cuanto derechos del ser humano, nunca fraguaron en postulados reales y positivos, ello por razones de índole política especialmente, el tema de la esclavitud y de las potestades absolutas del *paterfamilias* eran demasiado importantes y no será hasta el triunfo del cristianismo con Constantino cuando eso será posible siglos más adelante.¹¹³

En efecto, son los postulados del evangelio y la igualdad de los hombres frente a Dios los que establecerán las bases jurídicas filosóficas y políticas para el establecimiento de lo que se conoce como derechos humanos pues al indicar la absoluta igualdad de origen existencia y destino del género humano sin importar razas, condición social, material o cualquier otra circunstancia se establece que todas las personas por ser iguales poseen un valor igual ante los demás y sobre todo ante el Estado, esta postura prevalecerá durante la Edad Media.

Así lo dice Desantes: "...La asunción del pensamiento griego y romano por la Escolástica pasara a través de la elaboración de la escuela española a la racionalista que aunque desvinculada formalmente de su fundamento religioso puede prescindir de que la idea de los derechos humanos y la del derecho a la información tengan un origen cristiano..."¹¹⁴

Los derechos naturales como postulados jurídicos y políticos, entre ellos el de libre expresión son resultado directo de la Revolución francesa, la que en sus valores pone, en primer lugar, la libertad y, después, la igualdad y la fraternidad; ésta fue eminentemente una revolución social porque trastocó los valores anteriores de exclusividad para unos cuantos de las libertades y las otorgó a todos sin distinción, como dice Luis Escobar de la Serna: " se modeló un nuevo concepto de sociedad, lo que preparó la mente de los hombres para recibir nuevas ideas y nuevas filosofías con que dar solución a los problemas que el cambio había planteado".¹¹⁵

¹¹³ Véase: Hirshberger, Johanés, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁴ Desantes Guanter, José María, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁵ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, p. 46.

La nueva distribución de riqueza y de derechos generados por el conflicto social generaron necesariamente una nueva distribución del poder, donde antes hubo súbditos y esclavos como entes sometidos ahora habría ciudadanos en igualdad de condiciones para participar y decidir el futuro de su nación. La libertad de todos es el elemento que en lo sucesivo determinará las nuevas maneras de hacer política y en ello la opinión de todos será determinante, la opinión pública expresión colectiva de la libertad de expresión, es el resultado del debate público y civilizado y no imperará la verdad del monarca ni de las élites.

El acotamiento del poder inspirado en la obra de Montesquieu puso fin a la concentración en una sola persona del mismo, lo que excluía la libertad de los demás, por ello propugnó que la omnipotencia debía ser dividida y repartida en diversos sujetos para coadyuvar en el mismo sentido del gobierno de todos.¹¹⁶

El pensamiento revolucionario francés fue de carácter eminentemente liberal y como tal estableció su visión en la defensa y promoción de los derechos individuales y personales, por lo que tuvo escasa conciencia del impacto social de los derechos y libertades que acababa de implementar, por eso más adelante en el proceso histórico hubo de completarse esta visión individualista con otra legitimadora de carácter jurídico, que ofreciera la garantía de su ejercicio y su regulación lo que incidió positivamente en el derecho a la libertad de expresión.

El siglo XIX se vio sacudido por movimientos que contrastaban posturas ideológicas entre liberales y conservadores que defendían el anterior régimen, por ello la implantación de la libertad de expresión no es uniforme ni completa, aunque al final acabara imponiéndose más como concesión del poder político que como un derecho natural plenamente reconocido, lo que si ocurrirá hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1946, cuando los horrores de la lucha por el poder demostraron la necesidad de establecer de una vez por todas los derechos individuales como elementos de convivencia individual y social.

La segunda mitad del siglo XIX y el principio del XXI no son ajenos a los movimientos convulsos por garantizar la libertad de expresión, aún existen regímenes que no lo conceden como Corea del Norte y algunos Estados árabes y

¹¹⁶ Véase: Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1981, p. 87.

en otros el triunfo de la libertad de expresión es paulatinamente una realidad como en Cuba con su apertura reciente, pero aparece de nuevo otro fenómeno que se creía extinto y es el totalitarismo religioso en el que sectores radicales intentan acallar ese derecho para los otros e imponer por la fuerza la sola visión del propio, los sectarismos del Estado Islámico, y otros grupos terroristas no pasaban antes de meros fenómenos locales pero su irrupción como instancia política y terrorista no puede pasar desapercibida para la sociedad que lucha por la vigencia de los derechos humanos y especialmente para el estudioso del derecho de la libertad de expresión.

4.4 Libertad de expresión y sociedad

El derecho a la libre expresión es esencial a la naturaleza humana, ayuda a consolidar y desarrollar la democracia, marco elemental de todas las libertades y factor fundamental para encaminar todo esfuerzo para favorecer la paz y el desarrollo, porque la expresión es la voz del espíritu humano, de sus anhelos y necesidades más hondas. La libertad de pensamiento y de manifestación definen la naturaleza más profunda del ser humano y no es como se pudiera pensar o como hoy mismo en algunos rincones donde aún reina del despotismo y la censura una concesión del Estado, algo que pudiera plasmar o no en su ley positiva, como se dijo es un derecho que siempre el hombre ha poseído porque pensar y expresarse es tan natural como comunicarse y de hecho es su presupuesto.

Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, señaló que:¹¹⁷

“la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de la libertad de expresión y en el primer principio de la Declaración se determina que la libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática a su vez el derecho en vigencia otorga a la ciudadanía un medio elemental de actuación social, en la misma idea se resalta la relevancia de este derecho humano en el progreso y evolución humana cuando la ONU en 1946 en su Carta de Derechos Humanos afirmó que la libertad de información es un derecho fundamental del hombre y piedra de toque de todas las libertades y constituye un elemento esencial de cualquier esfuerzo serio para favorecer la paz y el progreso en el mundo”.

¹¹⁷ *ABC de las Naciones Unidas, op. cit.*, p. 66.

Por tanto, la libertad de expresión se configura como un derecho universalmente válido y exigible al ser inalienable, irrenunciable, imprescriptible, no absoluto, progresivo e incensurable a priori.

En efecto, la libertad de expresión en tanto derecho natural es universal porque es para todos porque de todos emana y radica en todos allí en su naturaleza en ese ámbito esencial de la especie que nos define como humanos, por eso su goce no admite discriminación ni exclusión de ningún tipo, ni de raza, religión, idioma, etnia o raza, ideología política, edad, nivel económico o social.

Es también inalienable porque su ostentación no es susceptible de enajenación o cesión o comercialización, transferirse y como consecuencia también irrenunciable e imprescriptible porque es perene y desarraigado de la naturaleza humana por cualquier medio es imposible inmoral e injusto.

Es, por último, un derecho no absoluto como todos (con excepción del derecho a la vida que tampoco debiera admitir ninguna excepción), porque su ejercicio no puede ni debe colisionar con derechos de terceros y otros elementos del orden social que hacen posible la convivencia humana pacífica y armónica como la moral, la comisión de delito y obviamente la censura previa que se ejerza sobre el mismo es inviable desde una perspectiva de absoluto respeto por los derechos humanos y la tolerancia democrática y por último tampoco es viable ni tolerable permitir la imposición despótica de información sesgada hacia intereses mediáticos o de Estado ni menos justificar una visión única de las cosas porque ello significaría retroceder a estadios de arbitrariedad y absolutismo estatal por fortuna ya casi superados.

4.5 Su dimensión individual y social

La libertad de expresión necesariamente se refiere a un derecho individual pero también social, porque paralelamente proviene de la naturaleza humana individual pero se proyecta hacia lo social y solo en ello se perfecciona y alcanza su dimensión axiológica que es contribuir al desarrollo de la personalidad del individuo y como

consecuencia del grupo social, por ello se puede afirmar que es un bien individual y social a tutelar y proteger.

En América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó en este aspecto con arreglo al artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que así como comprende el derecho de cada persona a transmitir a los demás su ideas, al mismo tiempo se refiere también al derecho de todos a conocer información de todo tipo particularmente de acontecimientos y de análisis que permitan la consolidación de la opinión propia y de la opinión pública en torno a temas de interés social, porque es un hecho que al ciudadano le interesa tanto como comunicar sus ideas como conocer las de los demás, este es el proceso de comunicación básica .¹¹⁸

Obviamente en Europa y los demás continentes al estar sus organizaciones regionales en los principios emanados de los instrumentos jurídicos instrumentador por la ONU de la que son miembros, adoptan posturas similares sustancialmente en el tema.

A través de este derecho se busca resguardar explícitamente la posibilidad que las personas y sociedades tengan la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de cualquier naturaleza y tema, lo que deja claro de una vez por todas que su dinámica va más allá de fronteras políticas ni sociales ni culturales ni de ninguna índole porque allí donde halla seres humanos necesariamente compartirán la misma naturaleza sociable, porque este derecho resguarda la incommensurable libertad del espíritu humano que trasciendo espacios contingentes, naturales o artificiales.

Esta nueva configuración de este derecho natural ha permitido fortalecer la dimensión liberal tradicional que centraba la libertad de expresión solo en el individuo respecto de la autoridad pública la que en tanto órgano del Estado históricamente había sido la encargada de censurar y controlar la libre expresión condicionándola o de plano prohibiéndola cuando así los “intereses nacionales” lo demandaran y de lo que abundan ejemplos históricos en todos los rincones del mundo y en todas las épocas de la humanidad.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 122.

La nueva visión holística del derecho humano ha permitido enriquecer su interpretación y aplicación positiva porque ahora el concepto alcanza también aspectos que hacen al derecho público subjetivo de las comunidades humanas un bien social a proteger y defender de los avatares contingentes del Estado y también de otros poderes facticos que tienen interés en interferir en el debido goce del mismo por intereses mediáticos como lo pudieran ser los poderes económicos, de grupo o de cualquier índole, que esta sociedad altamente compleja y globalizada produce a menudo.

No se puede negar que la libertad de expresión contribuye a construir sociedades más libres, plurales y democráticas, lo que necesariamente lleva a la convicción de que no es posible su goce efectivo cuando concurren circunstancias que generan miedo, obscuridad, complicidad y censura.

El miedo, la inseguridad y la incertidumbre disminuye los reclamos ciudadanos, enmudece a las personas y se generan zonas en las que la ley deja de imperar, porque al no haber análisis, crítica ni exigencia ciudadana estos se aíslan se cierran, se autocensuran y solo demandaran a la autoridad pública que les garantice ese derecho básico que es el de la seguridad y la satisfacción de necesidades básicas como servicios elementales pero no aquellos aspectos que inciden en el sano y adecuado funcionamiento del aparato gubernamental y que tienen que ver con su honestidad y eficaz ejercicio del poder en beneficio de todos y de esta manera se esfuma la política participativa, la participación social y se cede el ámbito público a los intereses oscuros de las mafias y a los que generan discordia y enemistad en su afán de controlar y dominar a los otros como medio para asegurar intereses mezquinos y oscuros, encarnándose de nuevo el *Leviatán hobbesiano*, ese que pregona al hombre como lobo del hombre y se deja ver en carne propia y entonces el silencio, la apatía o el desinterés y miedo empiezan a ganar terreno y se criminaliza a los más vulnerables, la desconfianza se convierte en imperativo y todos desconfían de todos, por eso es necesario que todos el Estado y la sociedad asuman su papel en el desarrollo común para evitar estos escenarios porque un hecho innegable es que el Estado no puede ni debe asumir todo el papel de defensor de las libertades humanas cuando subyace en una sociedad apática,

indolente y dominada por el miedo y la desesperanza, porque como diría Faya Biesca: una sociedad sin una participación ciudadana es una aberración.¹¹⁹

Es imprescindible generar una sociedad sin miedos, valiente en la defensa de sus derechos, eso y solo eso permitirá que las personas puedan desarrollar su capacidad y su personalidad, requisito para la paz y el desarrollo sostenibles.

Tal es la importancia de un trabajo proactivo en la materia, porque el compromiso de los diversos actores sociales para hacer de la libertad de expresión el fundamento del respeto y la tolerancia, lo que permite construir una sociedad democrática, plural y justa amante de la verdad y de la integración de todos, porque como decía el nazareno hace dos mil años: “la verdad nos hará libres”.¹²⁰

4.6. Diálogo y debate público como esencia de la democracia

Históricamente se ha visto que los regímenes políticos despóticos tradicionalmente han sometido brutalmente algunas veces otras no tanto pero valiéndose de artimañas legales o políticas o mediante cualquier medio sin importar su naturaleza a los disidentes.¹²¹ Por el contrario, las democracias han hecho de ese disenso un medio para su fortalecimiento y desarrollo, por que como catalizador de inquietudes personales o de grupo de él se extraen las mejores ideas que como resultado de ese proceso dialectico al final se consolidan en la opinión pública como la expresión más refinada de la voluntad popular; sin embargo, debe aclararse que el desacuerdo y el acuerdo por si mismos no son fructíferos, para ello necesita establecerse sobre acuerdos previos y generales que definan un escenario político común de acción, compromisos y definiciones. Tal contexto es el que el orden jurídico a través de sus instituciones y de las de carácter político generan.

En una sociedad democrática, los individuos disidentes tienen a su disposición los medios para expresarse sin tener que recurrir a la clandestinidad y a través de ellos se manifiestan y expresan su discordancia, obviamente las reglas existen

¹¹⁹ Faya Biesca, Jacinto, *et al.*, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁰ Véase: Desantes Guanter, José María, *op. cit.*, p. 79.

¹²¹ El caso de los disidentes en Cuba y China son ilustrativos, quienes se atreven a pensar diferente y cuestionar las políticas del gobierno, son considerados delincuentes, perseguidos encarcelados y vejados, todo ello de manera legal, pues su orden jurídico tipifica esas conductas como delictuosas, nada más aberrante en pleno siglo XXI.

previamente para tal situación y, como consecuencia, las han aceptado porque están convencidos que en ese contexto se pueden discutir todas las posturas en un marco de respeto y civilidad.

Posiblemente sea el disenso uno de los mejores ejemplos de porque una sociedad democrática es superior a otras formas políticas, porque es posible encauzarlo dentro del marco legal e institucional que permite todas las expresiones con el debido respeto a las excepciones que la misma ley ha establecido, lo que viene a demostrar que el cimiento democrático de una sociedad no reside en las leyes sino antes en sus ciudadanos y luego consecuentemente en la norma.

Por ello, la sociedad democracia debe estar bien preparada desde la óptica cultural, social, jurídica y política no solo para aceptar la disidencia, sino especialmente para escucharla, considerarla y recibir aquellos elementos que contribuyan al mejoramiento de la estructura social, porque es un hecho que la discusión es la mejor fuente de conocimiento y entendimiento. Es decir, la resistencia y rechazo de ciertos sectores a determinadas normas o políticas no debe interpretarse como desacato y rebeldía o pero como sedición como acontece en los regímenes autoritarios y cuando esta resistencia surge bajo ciertos esquemas de resistencia ciudadana o la objeción de conciencia que a través de actos de carácter pacífico y tendientes al dialogo y al entendimiento, exigen la anulación de alguna ley, no puede interpretarse como un acto violatorio a la ley sino como una expresión más de un conglomerado social complejo y grande. Así, si alguien por razones culturales o religiosas se niega a prestar el saludo tradicional a la bandera o no prestar el servicio militar que el resto de la sociedad considera obligatorio, igual un médico que se niega a practicar un aborto están intentando llamar la atención del resto para ser escuchados y debatir el tema públicamente. Cuando una actitud de este tipo genera simpatías y en los demás se impone un nuevo tema en la agenda de la discusión política y el que la ley se reforme o no dependerá de muchos factores; por ello, no es difícil encontrar ejemplos históricos donde un acto de disidencia fue el inicio de profundas reformas sociales, el de Rosa Parks sería solo

uno¹²². Sin duda, estos hechos son muestra de que la ley no es inmutable sino que debe cambiar continuamente como lo hace la sociedad.

El Estado democrático entonces debe estar preparado para conocer y aceptar estas situaciones y establecer de manera anticipada los mecanismos jurídicos y políticos para su adecuado trato. En el caso de que tal escenario frente al que se presenta la resistencia civil o la objeción de conciencia, pudiera ser calificada de inconstitucional deberían ser consideradas jurídicamente justificables y como tal encauzadas a una reforma de alto nivel, incluso en las demandas colectivas de modificación, los valores fundamentales del Estado de Derecho deben actuar como marco alternativo y orientador para encauzar democráticamente tales exigencias.¹²³

Es un hecho que históricamente las transformaciones políticas y sociales más importantes que se han realizado y que de alguna manera han marcado un punto de quiebre se llevaron a cabo inicialmente como resistencia y rebeldía de algunos frente a la postura mayoritaria, basta ver la historia local o nacional de cada nación para constatarlo y con mayor énfasis el Estado de Derecho edificado teniendo como sustento el respeto a los derechos fundamentales debe privilegiar y valorar con todo el cuidado los espacios y canales pero también las normas e instituciones para atender el desafío del disenso,¹²⁴ es decir, para el pleno ejercicio de la crítica y la resistencia sistemática y organizada. El derecho es indudablemente un producto refinado del libre pensamiento y ejercicio de la libertad del ser humano en tanto grupo organizado y aunque en un determinado tiempo se pueden considerar como las formas más racionales y adecuadas que los seres humanos hayan producido para regular con orden y justicia sus relaciones nada establece tampoco que sean infalibles y como consecuencia inmutables o eternas.

Las motivaciones que ordinariamente impulsan al cambio y mejoramiento de las normas vigentes suele surgir de las valoraciones morales y de las necesidades

¹²² El célebre caso de la mujer negra que se negó a ceder el asiento del autobús a un blanco fue el inicio de la discusión del tema de la discriminación de que eran objeto los negros en Estados Unidos.

¹²³ Un caso diferente es cuando ese disenso de expresa por medios violentos o que atenten contra los derechos de los demás, como obstruir vialidades o servicios y aun peor, impedir el libre ejercicio de los medios de comunicación que los cubren, en esta situación se está frente a conductas antijurídicas que deben castigarse.

¹²⁴ Véase: Salazar Ugarte, Pedro, *Estado de Derecho y Democracia*, México, Cuadernos del IFE, 2009, núm. 9, p. 88.

concretas de los individuos y de su comunidad y por tanto ese proceso dialectico depurador y actualizador del derecho debe ser también tutelado por los principios e instituciones del Estado de Derecho porque si se carecen de tales consideraciones éticas y legales las leyes corren el riesgo de convertirse en pautas de sometimiento y dominación legal pero ilegítimo.

Pero además de ese entorno político es importante la institución del sujeto dotado de derechos naturales; en el campo de la impartición de justicia se torna también trascendente y vital, es un hecho que en las sociedades democráticas el orden legal y el aparato de justicia garantizan a todos sin distinción alguna a cualquier ciudadano el derecho a un juicio justo e imparcial en las controversias que pudiera tener con otros sujetos o con el mismo Estado y cuando se carecen de los valores democráticos y jurídicos adecuados es común el surgimiento y vigencia de prácticas extrajudiciales para lograr “arreglos” o componendas provenientes del poder económico, político o de otros factores extraños.

Por ello, se debe resaltar que la igualdad de todos ante la ley parte del principio de que todo individuo tiene derecho a ser tratado en igualdad con todos frente a la ley por el solo hecho de que el forma parte del conglomerado humano en el que reside la soberanía que dio origen al poder político y al derecho que lo regula en sociedad.

Es de reconocer que la moderna visión de la legalidad ha sido el producto refinado de un largo proceso histórico del pensamiento político en el que el hombre debió reivindicarse como sujeto fuente del poder y de la ley frente al gobernante déspota y como consecuencia ahora se puede considerar al poder político como un instrumento creado expresamente para garantizar el orden y la paz social y el desarrollo armónico de los ciudadanos y no como un peligro y las leyes e instituciones democráticas son la mejor expresión de ese producto.

4.7. Libertad de expresión como fundamento de la civilización

En 2003, la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su resolución 1932 declaró una serie de principios relevantes para el orden democrático y la vigencia de las libertades fundamentales entre ellos que el acceso a la información pública

es un requisito necesario para la existencia de una sociedad democrática porque genera mejor transparencia y una buena actuación de la autoridad pública ya que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus prerrogativas constitucionales de participación, elección, educación, postulación y asociación mediante el pleno ejercicio de su derecho a libre expresión y a acceso a la información.¹²⁵

Así mismo se ha indicado que para garantizar la construcción y vigencia del régimen democrático y eficiente es necesario contar con un marco jurídico eficiente, preciso y operante pero sobre todo un compromiso de la autoridad pública para cumplir con sus compromisos en el en la materia, y de manera fundamental una sociedad civil activa y participativa que vigile y controle a través de su gestión al poder gubernamental, pero también adecuadamente informada para estar en condiciones de adoptar las mejores decisiones.

La libertad de expresión es un derecho fundamental que en algunos sistemas jurídicos (especialmente, los de las democracias desarrolladas) tiene una posición preferente, es decir, se considera que en principio está por encima de otros derechos, es además un derecho que permite además la construcción de una opinión pública informada y crítica que garantiza el pluralismo político y social y es un requisito en el funcionamiento del Estado democrático, porque allí no se puede censurar a los interlocutores porque se les impediría participar en los debates públicos y por ello la censura previa se proscribe porque "cualquier tema puede ser discutido en una democracia"¹²⁶.

Pero es lógico pensar que si la democracia es el espacio de convivencia ordenada, pacífica pero ordenada por el derecho el que necesariamente protege los derechos de todos, no cualquier expresión puede ni debe estar igualmente protegida constitucionalmente, porque la opinión no es insulto, ni la información y noticia falsedad o manipulación mediática.

Los insultos por su carácter violento e injurioso se consideran inútiles en una democracia porque es en el fondo un modo de violencia e intento de dominación y

¹²⁵ Véase: Rodríguez Villafañe, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.), *op. cit.*, p. 99.

¹²⁶ Desantes Guanter, José María, *op. cit.*, p. 66.

por ello son innecesarios para expresar ideas y pensamientos y quedan fuera de la protección jurídica. Las opiniones por el contrario se protegen porque edifican e implican además de dialogo y comunicación interacción social por que implican simples apreciaciones personales que no son formalmente injuriosas aunque contengan opiniones hirientes y puedan contener ironías o sátiras.

La información se integra con la narración veraz de hechos y en principio está protegida legalmente a menos que vulnere otros derechos como el honor la intimidad. La noticia implica también la narración de hechos que tienen relevancia pública y es protegida legalmente por el contrario las falsedades son rumores e insidias que se pretenden disfrazar.

Por eso es lógico pensar que como sucede con todos los fenómenos derivados de la manifestación de la voluntad humana la información y la expresión también deben ser depuradas para proteger aquellas que son legítimas y edificantes individual y socialmente y erradicar o al menos marginar legalmente las que son destructivas potencialmente y lejos de contribuir al desarrollo de la personalidad personal y social generan división y encono lo que desde cualquier perspectiva que se les vea constituyen signos de regresión al autoritarismo, porque debe insistirse que la libertad de expresión no es una libertad más, es la piedra angular el fundamento y el cimiento sobre los que se puede y debe edificar cualquier democracia que se precie de serlo. No se puede seguir pensando que en una democracia basada solo en elecciones periódicas (aun cuando se posean los mecanismos e instituciones que garanticen su limpieza y legalidad), sino en una democracia que abra las compuertas a la actividad y manifestación deliberativa y participativa de los ciudadanos, para que tengan voz y peso político que hasta ahora en muchas regiones del planeta no han tenido y ello requiere necesariamente acotar el poder desmedido del Estado pero también de otros grupos poderosos que en afán de buscar satisfacer intereses de grupo buscan la manipulación y control de las masas y que para nadie es un secreto.

Es necesario el control social del poder político y de facto lo que solo puede provenir de las organizaciones civiles y medios de comunicación alternativos y plurales.

Obviamente tampoco es cuestión de extra valorar el papel que la sociedad civil tiene en el tema y subestimar el rol que tiene el Estado, sino de dar a cada quien lo que debe poseer y esperar de cada quien lo que debe dar, es necesario entender que el mundo del poder político es también el de la colectividad y viceversa y como señala Putnam:

...las organizaciones ciudadanas deben estar asociadas con instituciones públicas eficaces. Una sociedad civil fuerte produce un Estado fuerte, lo que sugiere Putnam es que el compromiso cívico florece más fácilmente entre los ciudadanos y grupos organizados cuando estos tienen a un sector público como interlocutor, en América Latina O' Donnell ha señalado que los actuales intentos de reducir el tamaño del Estado como burocracia como ley e ideología conlleva a una degeneración de la sociedad civil en la cual la organización comunitaria y el compromiso cívico son reemplazados por una "atomización resentida"¹²⁷

Una democracia moderna es imposible concebirse sin la presencia activa de una sociedad civil comprometida, activa, vigilante y por ello mecanismos ciudadanos como la desobediencia, la resistencia civil y otras alternativas de lucha social son naturalmente entendibles y normales con la idea de Estado democrático, y por lo mismo debe valorárseles como elementos propios de la organización política y no como ajenos o peor como armas de disolución, sedición o alteración del orden social porque este mundo complejo, desafiante del tercer milenio es el escenario perfecto en el que las distintas posturas se encuentran y no pocas veces colisionan, pero las más interactúan y suelen generar mejores espacios de entendimiento social que necesariamente contribuye al progreso de los individuos que integran esos ámbitos y con su participación y responsabilidad generan orden y estabilidad, teniendo siempre como clave el respeto a la libertad de expresión de todos para todos.

¹²⁷ Cit. por: Roderick, Al Camp, *op. cit.*, p. 79.

CAPÍTULO QUINTO

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LEGALIDAD: EL CONTINUO CONFLICTO ENTRE DERECHO Y LIBERTAD

SUMARIO: 5.1. *La libertad como valor ético*; 5.2. *Civilidad y libertad de expresión*; 5.3. *La libertad de expresión y orden público*; 5.4. *Derecho vs libertad de expresión*; 5.5. *La paradoja de la tolerancia*; 5.6. *El ejercicio indebido de la libertad de expresión*; 5.7. *Libertad de expresión y su armonía con otros derechos*.

5.1. La libertad como valor ético

En el último capítulo de este trabajo es necesario analizar los argumentos que postulan los fundamentos teóricos de la libertad de expresión como derecho natural y consecuentemente las razones por las cuales el poder público no está facultado para reprimirlo o censurarlo. La convicción que se tiene por hoy es de fundamento *ius naturaly* se concibe como un derecho innato esto es, como un atributo propio de la naturaleza humana, criterio que se inserta en los principales instrumentos internacionales en el tema.¹²⁸

El tema del fundamento filosófico de la libertad de expresión y su ejercicio en la sociedad es algo que hay que rastrear a lo largo de la historia del pensamiento político, particularmente desde los socráticos, pasando por los escolásticos y el Renacimiento, pero es en la Ilustración donde se encuentra su mejor análisis y expresión.

Para ahondar en este tema, debe partirse del examen del concepto mismo de libertad y su opuesto: la necesidad. Aristóteles en su *Metafísica* aborda el concepto de "necesidad". Según Aristóteles, "necesario" tiene las siguientes significaciones: "primero, aquello hecho motivado e impulsado por la fuerza y contra la voluntad propia y segundo, lo que sin ello algo no se puede hacer bien tercero, lo que no puede ser de otro modo, sino que es absolutamente".¹²⁹ Este último concepto, es el que mejor se ajusta a los fines del presente trabajo.

¹²⁸ Véase: Rodríguez Villafañe, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.), *op. cit.*, p. 49.

¹²⁹ Cit. por: Hirshberger, Johannes, *op. cit.*, p. 91.

En la tradición filosófica racionalista, se han postulado mayormente tres formas de necesidad: lógica, material y moral.

Existe necesidad lógica en la finalización por ejemplo de un silogismo; necesidad física en la ley de la gravitación universal; necesidad moral en la existencia de normas para ordenar la convivencia humana. Como consecuencia la negación de lo necesario es la imposibilidad: es decir, es imposible una nación carente de ley y en consecuencia lo contrario de lo necesario es lo contingente, es decir, lo que puede ser de modo distinto; por ejemplo, es contingente que el Derecho se plasme y aplique de manera escrita o consuetudinaria.¹³⁰

Esta previa consideración de la necesidad nos hace más clara la clarificación del concepto de libertad, tema controversial, que evidentemente diferirá según el enfoque teórico que se adopte, para ello se tiene como parámetro el hecho de que se considera como ampliamente aceptado la noción de que la voluntad y el quehacer humano son libres y por ello la libertad, en un primer significado se refiere a su desvinculación de la determinación natural; en sentido negativo (independencia), Kant la postula como libertad trascendental, de la cual deriva la de la voluntad humana como un apartado. Entonces la libertad en sentido positivo, es decir como posibilidad de autodeterminación, acción se da en el ámbito contingente. Dentro de este esquema, se habla de libertad privada o individual, natural, pública, política, social, libertad moral, libertad religiosa, de expresión, etc.¹³¹ Pero debe concluirse que estas libertades son posibles solo en la medida en que se admita la libertad de la voluntad y con ello la posibilidad del libre pensamiento y acción.

La voluntad es libre y eso es un criterio universal que se prueba materialmente con la existencia y vigencia de los ordenamientos legales. Rousseau, uno de los teóricos de la democracia, aunque en sus obras no dedicó un análisis y defensa de la libertad de expresión, si la ejerció de manera considerable y, por ello, fue censurado y perseguido y varias de sus obras quemadas, lo que no impidió que su influencia transformadora de las conciencias y estructuras políticas y sociales de

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 77.

¹³¹ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica...*, cit., p. 78.

su tiempo cimbrara de manera decisiva el mundo de su tiempo; su teoría de que el hombre nace libre genera la certeza de que la libertad es un absoluto y universal.¹³²

Rousseau pensaba a diferencia de Hobbes, que el ser humano en virtud del contrato social no pierde su libertad al integrarse en la comunidad civilmente organizada, sino que solo cambia su libertad natural por la civil y desde esa perspectiva la norma es consecuentemente expresión de la voluntad de la mayoría ciudadana y todos adquieren la obligación de obedecerla. Pero esa voluntad general no puede tener otro objeto que la justicia y la libertad, y la opresión y la injusticia serían resultados perniciosos y no deseables y contrarios a la naturaleza de la sociedad.¹³³ Por ello, es inconcebible que se renuncie a la libertad, porque ello equivaldría a renunciar a la naturaleza propia de ser humano y por tanto al de ser moral y ético. Posteriormente, Kant afirmó que de todas las libertades, la más inocente, de las que llevan ese nombre es “la libertad de hacer uso público de la razón íntegramente”.¹³⁴ Con esa afirmación kantiana, evidenció la realidad que afrontaba el libre pensamiento y su expresión externa y como consecuencia la necesidad de analizar las razones que dificultaban la libertad de pensamiento y la búsqueda del conocimiento (lo que ahora se denomina información) más allá de los contextos políticos religiosos o de cualquier índole.

Kant contribuyó a dar un paso fundamental en el proceso para liberar a la razón ciudadana del yugo del poder público y a 300 años, hoy los derechos humanos hallan su principal fundamento en el imperativo categórico kantiano.¹³⁵ Su tesis de construir un mundo en el que los seres humanos sean considerados y valorados como fines en sí mismos y no como medios sigue resonando y ese es el sentido de la dignidad humana fundamento de los derechos humanos en el derecho moderno.

La libertad, por lo tanto, constituye un valor y un derecho natural originado en la misma esencia del ser humano y la libertad de pensamiento es la máxima expresión de la racionalidad y los límites que se establezcan a la libertad de

¹³² *Ibíd.*, p. 83.

¹³³ *Ibíd.*, p. 88.

¹³⁴ Kant, Emmanuel, *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Salamanca, Sígueme, 2014, p. 89.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 88.

pensamiento son morales o al menos ese deberá ser su fundamento ontológico; por ello, el Derecho lo único que debe hacer es organizar armónicamente las libertades de todos. Como ser racional, jurídico y moral el hombre no puede dejar de normar su comportamiento interno y externo y así el ámbito personal en cuanto libertad de pensamiento es regido por la moral y el externo cuando ese pensamiento se manifiesta hacia los demás es el derecho el que impera.¹³⁶

Kant en su análisis de la libertad y los derechos divide los derechos en dos categorías principales: como derecho innato que consiste en la facultad de facultad de obligar a otros, este se trata de un derecho natural que corresponde a cada ser humano, independientemente del orden legal y el otro es el derecho adquirido, en el que es necesario un acto así, es decir un acto jurídico: la libertad, como facultad independiente del arbitrio de los demás, es un derecho universal y natural que está inserto en la esencia de todo ser humano por el solo hecho de serlo.

Esta prerrogativa amerita para su ejercicio igualdad natural también, traducida en el hecho de no ser obligado por los demás y solo aquello a lo que se le puede obligar; consecuentemente, la potestad humana de ser autónomo, libre e íntegro carente de culpabilidad anterior, ni acto injusto alguno previo a todo acto jurídico y, finalmente, la posibilidad de hacer a los demás lo que en sí no les perjudica en sus derechos y que también se desea y se necesita para sí, como comunicar a otros el propio pensamiento y recibir el de ellos, estas atribuciones se hallan inmersas en el principio de libertad natural.¹³⁷

5.2. Civildad y libertad de expresión

Es común que algunos gobiernos se sientan incómodos con la libertad de expresión ejercida plenamente por sus ciudadanos y por parte de los medios que también son parte de esa sociedad, ello a pesar de que en la actualidad la libertad de expresión está consagrada en la mayoría de las Constituciones del mundo occidental como un derecho fundamental persisten los gobiernos que se valen de medidas cuestionables para condicionar o reducir al mínimo esa elemental libertad.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 99.

¹³⁷ Faundez Ledesma, Héctor, *Los Límites a la Libertad de Expresión*, México, UNAM, 2016, p. 111.

Es indudable que la libertad de expresión constituye un elemento fundamental en una sociedad democrática ya que permite ejercer y desarrollar el pensamiento personal, emitir juicios, confrontar y discutir posturas, buscar y difundir información, entre otros aspectos. En síntesis, hace posible que cada quien busque su estilo de vida, y “su” verdad, pero también debe decirse que la libertad de expresión tiene una dimensión colectiva y social más amplia y compleja pero igual de importante y como consecuencia la protección de los demás derechos es imposible si se carece la libertad de buscar, difundir y recibir información, que permite el ejercicio de aquellos otros.

Entonces puede decirse que la libertad de expresión es el principio general para el buen funcionamiento de una sociedad; por eso, el derecho internacional protege algunos discursos con dificultad por su contenido y efectos difíciles de valorar, y los asuntos públicos y las personas que se desarrollan en ese sector, los funcionarios y todo lo que busca y se inserta en el ámbito público es más susceptible de recibir mayor análisis, vigilancia y crítica ciudadana debido a la especial función que desempeñan estos temas para la democracia.

Dentro de este contexto, los pensamientos y actitudes en el que se manifiestan millones de ciudadanos y que obviamente se traducen en conductas concretas dentro del conglomerado social que colisionan o armonizan con las de los demás y todo ese fenómeno sociológico se adentra en el marco jurídico que tutela el derecho de todos para criticar, desaprobado o apoyar tales expresiones sin que ello sea deba ser considerado como un delito por la ley o una afrenta por el autor de la conducta.

Construir una sociedad abierta al dialogo y al debate respetuoso y ordenado y pacífico no es desear que impere la confrontación estéril y la anarquía ni menos el sometimiento de unos a otro, más bien se debe entender que las comunidades tolerantes son las que poseen los valores y hábitos para aceptar la opinión distinta y entender que el mosaico humano que la integra es un universo de mentalidades con pensamientos distintos y que lo único que los une es la identidad humana y el deseo de expresarse libremente y sobre todo convivir en paz y orden y que otros aspectos no menos importantes como la justicia social y económica dependen de todos y no solo del Estado.

Es una verdad que la libertad de expresión tiene dos vertientes, por un lado me puedo expresar libremente sin condicionamientos ni de otros ni de la autoridad pública y por otro también entender que al vivir dentro de un grupo humano con ideas diversas debo aceptar la crítica en ese mismo público y con las mismas condiciones en que me expresé también.

No se debe olvidar que quienes hoy cuestionan y condenan la libre expresión en alguna de sus manifestaciones suelen también menudo usar las leyes para descalificar la expresión de periodistas o autores con ideas distintas y lo grave es que este tipo de actitudes no es exclusiva solo de minorías religiosas o políticas, sino también de gobiernos y funcionarios públicos, quienes debieran por su estatus defender la legalidad y la pluralidad de expresiones.

Ciertamente que en una sociedad democrática no existen los derechos absolutos y en ese tenor hay discursos que por su contenido no merecerían tutela legal tal es el caso de los mensajes que incitan al odio, a la violencia, a la discriminación por motivos religiosos o éticos y hasta políticos o de cualquier otra índole. Los aspectos que determinan un discurso álgido, irreverente o simplemente grotesco y ofensivo del que promueve el odio y a la violencia o a la exclusión pueden ser claros y otras no tanto y eso representa un problema para la autoridad encargada de tutelar por el respeto a la libre expresión.

Aunque por otra parte no se le puede pedir a una facultad y derecho como la libertad de expresión que se convierta en medio de solución para toda la problemática social. Es evidente que el mundo y más Occidente enfrenta un desafío complejo respecto al tema de la integración de los diversos modos de pensar sean de origen político, religioso o cultural, porque los mismos integrantes de esos sectores tienen de por sí el reto de reconocer sus propios problemas derivados de la libre expresión y con los derechos de los demás grupos en su mismo interior.

También es tiempo de cuestionarse sobre lo que ocurre en el ámbito educativo con el tema de la necesaria promoción de valores de tolerancia y respeto a la diversidad de opinión y una verdad innegable es que en gran parte del mundo este tema está ausente como punto de discusión en las aulas, pero también se debe admitir que en otros casos las autoridades también han pecado en tratar de imponer

criterios que detrás de la aparente libertad defendida existe un intento de imponer cierta ideología que colisiona con la de muchos, lo que finalmente también representa una exclusión.

La protección y promoción de esos derechos fundamentales y de todos debería ocupar en los próximos tiempos un punto central en la agenda de los organismos promotores de derechos humanos, de la educación y de las políticas públicas de toda nación, cultura de la legalidad y reconstrucción del ciudadano deben establecerse en los compromisos de todos los gobiernos e instituciones educativas del mundo.¹³⁸

5.2.1. Pluralismo

La coexistencia armónica y pacífica en una sociedad de distintas formas de pensamiento se configura como un parámetro moral supremo de la libertad de expresión porque es a través de distintas expresiones que el pluralismo como elemento ético democrático y social de la libertad de expresión produce un valor elevado en el Estado de Derecho y cuya expresión concreta se denomina como Estado Constitucional en el que se da el pleno respeto a los derechos humanos en atención al valor que representa para todos los países que se precien de civilizados.

El sentido intrínseco de pluralismo que se vislumbra como fundamento axiológico de la libertad de expresión se vincula de manera inseparable a la vigencia de los medios de comunicación, porque ellos resultan un nutriente indispensable para el ejercicio pleno de este derecho democrático.

Debe agregarse que la fuerza vinculante que deriva tanto de los instrumentos jurídicos internacionales como de las resoluciones de las instancias jurisdiccionales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos son vitales para la construcción y consolidación de la democracia y el respeto a la libre expresión en todo el mundo occidental. En ese orden es de resaltar también lo estipulado en la Declaración de Chapultepec: “Sin medios independientes, sin garantías para su funcionamiento libre, sin autonomía en su toma de decisiones y sin seguridades

¹³⁸ Véase: Botero Marino, Catalina, *Libertad de Expresión e Internet*, Costa Rica, OEA, 2013, p. 144.

para el ejercicio pleno de ella, no será posible la práctica de la libertad de expresión. Prensa libre es sinónimo de expresión libre.”¹³⁹

Como consecuencia, el pleno ejercicio de la libertad de expresión amerita la necesaria convivencia de diversas posturas, que pueden ser incluso radicalmente contrarias y, por ello, igual que a ser informados, también existe el derecho a informar y en eso están inmersos todos los instrumentos internacionales vigentes que tiene por objeto la generación de un espíritu de pleno respeto para la libre difusión de ideas pero eso no implica que legalmente no existan límites a ese derecho, las que también deben ser precisas y deben existir previamente en el cuerpo legal correspondiente y no ser excesivas y otros requisitos que tienen por objeto restringir lo menos posible este derecho universal, a través de un sistema de responsabilidades precisas y, por otro, siempre que los mensajes se asociaren a expresiones de ofensa al derecho, a la moral, en aspectos relacionados a la protección de los menores y contra aquellas situaciones que claramente incitaren a favor de la violencia y que promuevan el odio y la exclusión.

Estos parámetros son determinantes para un contexto de necesarias limitaciones y nos conducen a un pluralismo auténtico en el que todas las expresiones tengan cabida sean de origen ciudadano pero también por parte de la autoridad política.¹⁴⁰

En el tema es de resaltar la Declaración de Chapultepec que señala:¹⁴¹

En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 166.

¹⁴⁰ Rodríguez Villafañe, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.), *op. cit.*, p. 166.

¹⁴¹ Botero Marino, Catalina, *op. cit.*, p. 166.

De lo expuesto, se advierte que la ausencia de pluralidad distorsiona el sentido verdadero de la libertad de expresión pues reduce el debate de ideas a un estándar mínimo incongruente con el espíritu democrático de la libertad de expresión que radica en la información sustancial y diversa de todos para integrar una opinión pública responsable y fuerte que incida luego en los asuntos de interés público.

5.2.2. Tolerancia

El contenido ético de la tolerancia exige, respecto a la libertad de expresión, además de la coexistencia pacífica de posturas distintas que representa el pluralismo, una clara e inobjetable manifestación y percepción de aceptación e inclusión del disenso, con la plena convicción de que todos los puntos de vista y posiciones que involucren la plena manifestación de expresión ciudadana, no sean censuradas ni ameriten mayor restricción que las contempladas por la normativa constitucional e internacional.

La tolerancia democrática supone la eliminación substancial y formal de toda censura previa, insertándose en consecuencia el sistema de responsabilidades posteriores y consecuentes con el ejercicio del derecho. Por ello, se debe resaltar que el derecho a la libertad de expresión exige que los Estados democráticos adopten como criterio básico de actuación la imposibilidad de asumir actitudes de intolerancia respecto a los contenidos informativos y que por lo mismo implementen mecanismos de control previo a la información que pretende ser difundida, o bien procedimientos de censura frente a manifestaciones en curso de la libertad de expresión, lo que suena aún más grave porque es restringir el acceso a la información de la población que aún no conoce tal contenido.

La tolerancia genera una actitud de flexibilidad intelectual hacia los demás que permite valorar y admitir todos los contenidos que son inherentes a la libertad de expresión, convencidos plenamente de que una democracia admite a su interior todo tipo de manifestaciones porque allí se puede discutir todo tema, cuidando que las excepciones que llegaren a aplicarse sean consecuentes solo con la responsabilidad ulterior de quien informó con real malicia, excluyendo, en la medida

de las posibilidades de cada caso la aplicación de sanciones penales y en su lugar, privilegiando los procesos de responsabilidad civil.

La tolerancia obviamente también debe evitar obstruir el libre debate y discusión de posturas diversas necesarias para la construcción y consolidación de del proceso democrático que toda nación que se precie de respetuosa de los derechos fundamentales debe privilegiar, debe entenderse que el derecho a la libertad de expresión es de naturaleza irrenunciable y los Estados deben abstenerse de interpretar la evolución de este valor y derecho solo como un tema controversial en sus decisiones de derechos humanos, sino al contrario como un activo del desarrollo democrático que genera necesariamente beneficios a todos, autoridades y particulares en su derecho a expresar las ideas inherentes al contexto local, porque la construcción de la sociedad justa y equitativa es asunto de todos.

Considérese que la información errónea, cuando ello no es doloso, posee viabilidad para ser recibida y difundida democráticamente y se puede argumentar que las distorsiones informativas no deban gozar de apoyo informativo y de recepción ciudadana; sin embargo, el valor tolerancia fomenta la libre manifestación de la libertad de expresión, aclarando y sancionando solo los aspectos que sean vulnerables en cuanto a su veracidad.

En este asunto es de resaltar el texto de un principio emitido por la OEA en el sentido siguiente:¹⁴²

(...) en base a la doctrina sobre reporte fiel, la reproducción fiel de información no da lugar a responsabilidad, aún en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona. Las bases de esta doctrina se encuentran en la necesidad de la libertad de expresión e información para la existencia de una sociedad democrática. Dentro de un sistema democrático, el debate debe ser fluido y amplio. La publicidad de la información proveída por terceros no debe verse restringida por la amenaza de responsabilidad al informador simplemente por reproducir lo manifestado por otro. Esto implica una restricción innecesaria que limita el derecho de las personas a estar informadas.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 66.

Este aspecto puede como es natural generar polémica pero se puede afirmar de manera clara que la información errónea no debe ser objeto de restricción ni menos censura, aún si inclusive la fuente resulta equivocada y para el caso respecto de alguna información incorrecta está allí también el recurso legal y democrático del ejercicio del derecho de réplica como un recurso al alcance de todos, en síntesis, la información errada no puede generar, bajo ningún concepto, restricciones en la libertad de expresión, siempre y cuando no sea malintencionada, porque de ser así, el tratamiento que habría que otorgar al caso sería de índole penal y administrativo.

Por ello, se insiste en que la tolerancia es extensible también y de manera relevante a los servidores públicos, especialmente a los de elección popular los que por la naturaleza de su cargo y la forma en que lo adquirieron de cara al electorado con quienes acordaron ciertos compromisos de acciones públicas están más expuestos a la crítica, evaluación y desaprobación en su caso por parte de la ciudadanía y por tanto a la mayor obligación de rendir cuentas a los ciudadanos hayan sido o no sus electores. A este respecto, la Declaración de Chapultepec también prescribe: "Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público".¹⁴³

Sobre este enfoque surge la duda de si al exponer a los funcionarios públicos a una mayor evaluación pública, no se les discrimina al diferenciarlos del resto de la población y se debe contestar que en todo caso se trata de un tratamiento positivo, por ser esa una condición un tema permitido en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, por ello se debe insistir en el carácter especial y relevante en el orden democrático de las funciones propias del sector público.¹⁴⁴

El ciudadano que accede a una función pública, es consciente tácitamente que por lo mismo será objeto de una atención especial de sus responsabilidades e implícitamente lo acepta y, por ello, el servidor público debe ser tolerante con la

¹⁴³ *Ibíd*em, p. 69.

¹⁴⁴ Los tratados internacionales emitidos por la ONU y la OEA enfatizan el grado relevante que tiene el papel del servidor público en una democracia y como su actuación, en lo relacionado con su cargo, es un asunto público; por ello, su posibilidad de ser objeto de crítica y valoración social es mayor.

fiscalización y la crítica ciudadana sobre sus actividades las que, por otro lado, atañen a todos los ciudadanos, en tanto el funcionario público se desempeña al servicio de un grupo social quien le paga con sus impuestos. Naturalmente y como es lógico y justo, las excepciones deben estar integradas por afectaciones realmente claras y graves a su derecho al honor, siempre que existan condiciones de responsabilidad correspondiente y de modo congruente con los supuestos establecidos legalmente.

Y por la parte correspondiente a los gobiernos, la tolerancia implica necesariamente la aceptación del activismo de las instituciones que siendo parte del Estado o ciudadanas buscan defender los derechos humanos en el tema de la libertad de expresión. Una actitud tolerante amerita ser integrante de la actitud de flexibilidad de los Estados, que la defensa de derechos como la libertad de expresión admita todo tipo de alternativas en defensa de la libertad de expresarse, de informar y ser informados. Un caso recurrente es que los Estados tienden, muchas veces, a ser incongruentes respecto a las organizaciones ciudadanas en pro de la defensa de la libertad de expresión y así se generan actitudes antidemocráticas y antijurídicas, por ello se insiste en que dichas instituciones promotoras y defensoras de derechos humanos puedan desarrollar libremente sus actividades inherentes y estén facultadas para fijar libremente la defensa jurídica que crean convenientes, los Estados deben abstenerse de realizar actitudes intolerantes con las funciones de los organismos ciudadanos defensores de los derechos humanos.

El valor de la tolerancia en conclusión indica que es por sí mismo un requisito esencial para la libertad de expresión en las democracias de hoy, la sana aceptación de todos los actores de una sociedad para asumir como expresiones aceptables en democracia todo tipo de contenidos informativos, a excepción de los fijados por la ley es el mayor desafío.

5.2.3. Apertura

El sentido esencial de este valor en un ámbito democrático en el que sea plena la aplicación del derecho a la libertad de expresión, amerita necesariamente asumir

un sentido de progresividad material. Al respecto, Humberto Nogueira Alcalá refiere: “Los derechos fundamentales (...) una vez incorporados al ordenamiento, son irreversibles y solo pueden desarrollarse de acuerdo al principio de progresividad.”¹⁴⁵

Debiendo entender como progresividad material que paulatinamente la consagración del derecho a la libertad de expresión adquiera mejores contenidos teóricos y también conceptuales y procedimentales, es decir, que las posibilidades de restricción a su pleno ejercicio sean cada vez menores.

La evolución histórica de este valor ofrece una descripción congruente con el énfasis de flexibilidad y apertura que se perfila como condición moral de la libertad de expresión.

Es un hecho que a través de los tiempos los regímenes totalitarios crearon procesos de censura especialmente de carácter administrativo y luego al llegada de sistemas democráticos, convencidos de la necesidad democrática de impulsar políticas de respeto a los derechos humanos fueron eliminando los mecanismos anteriores de censura previa, adoptando y promoviendo la noción de responsabilidad posterior del informante.

En tal contexto, se dio la despenalización progresiva del tipo legal para estos casos en muchos ordenamientos jurídicos de los cuales el mexicano no fue la excepción y como consecuencia existe una positiva tendencia para que los asuntos de calumnias injurias y demás daños a la personalidad, no ameriten ser catalogados como delitos de injuria, difamación y calumnia, sino que por el contrario solo se consagre un procedimiento civil que a su vez se base en determinados estándares descritos en forma previa por las leyes de la materia como consecuencia se ha generado que solo los casos realmente graves lleguen a los tribunales, correspondiendo desestimar en el camino a aquellos que no reúnen la condición de trascendentes para una decisión penal.

De lo expuesto, se puede advertir que la apertura constituye un canal que no tiene retorno y que es solo ascendente, su necesaria y natural progresividad consagra procesos de mayor apertura y protección conforme evoluciona su

¹⁴⁵ Cit. por: Botero Marino, Catalina, *op. cit.*, p. 77.

concientización social y legal. Entonces este valor se perfila como aspecto clave pues la evolución del derecho a la libertad de expresión fundamentalmente indica que las acciones de los Estados se orienten a senderos de respeto por la libertad de expresión cada vez de mayor extensión y rigor.

La apertura también está vinculada con el quehacer del Estado y por ello es natural que amerite una decidida e íntima relación con los principios de transparencia y publicidad, cabe destacar un principio enunciado por la OEA que constituyó un antecedente para la emisión de los modernos sistemas legales de transparencia y acceso a la información pública:¹⁴⁶

Este derecho cobra aún mayor importancia por encontrarse íntimamente relacionado al principio de transparencia de la administración y la publicidad de los actos de gobierno. El Estado, en este sentido, se constituye como un medio para alcanzar el bien común. Dentro de este contexto, el titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. El principio de transparencia lo que demanda es una posición servicial de la Administración, aportando aquella documentación que hubiera sido previa, correcta y claramente solicitada, en la medida en que no se encuentre temporalmente excluida del ejercicio del derecho.

La apertura como elemento de vigencia de la libertad de expresión implica naturalmente ser comparada con su contexto opuesto: es decir, la restricción y se perfila como un elemento que fundamentalmente fortalece el contexto de limitaciones a la libertad de expresión y por ello se insiste en que toda limitación debe estar previamente establecida en la ley, al respecto cabe destacar también el siguiente principio emitido por la OEA:¹⁴⁷

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 99.

¹⁴⁷ Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 155.

d) Que esas causales de responsabilidad sean” necesarias para asegurar” los mencionados fines. (...).

Los anteriores enunciados contienen los elementos necesarios para que las condiciones y excepciones que determinen adoptar los sistemas legales de cada nación para en el tema de la apertura sean claramente definidos y es de destacar que uno de los factores que más deben atenderse para limitar la libre expresión es el relacionado con la debida y necesaria proporcionalidad que la autoridad judicial debe conocer e interpretar correctamente para que el daño que se haga a ese derecho sea lo menos posible y se hace necesario que se cumplan de manera estricta los requisitos establecidos para el caso.

Por otra parte, debe entenderse que la vulneración debe ser producto antes de una estricta ponderación de derechos que se haga partiendo del hecho de que los derechos humanos son todos iguales pero son las circunstancias los que ameritan la primacía en un dado momento de uno sobre otro y no deben adoptarse los mismos parámetros de valoración para todos los casos.

Finalmente, la apertura y la progresividad constituyen dos aspectos que se vinculan de manera estrecha, porque una mayor diversidad de prensa, pluralidad de contenidos, entre otros, ameritan también que las sociedades se abran a la libre expresión de todos para todos.

Los valores democráticos “pluralismo, tolerancia y apertura” constituyen las condiciones necesarias y básicas para garantizar el ejercicio pleno de la libertad de expresión en una sociedad que se precie de ser respetuosa de la libertad y de los derechos humanos. Esos principios éticos son fundamentalmente viables en los sistemas democráticos, porque es verdad innegable que una democracia es el fundamento de un Estado de derechos humanos.

5.3. Libertad de expresión y orden público

Héctor Fundes Ledezma, en su obra *los Límites a la Libertad de Expresión*, afirma que Thomas Jefferson dijo alguna vez que si tuviera que elegir entre un gobierno sin periódicos o periódicos sin un gobierno, no dudaría en elegir lo último,¹⁴⁸ esa

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 88.

afirmación en caso de ser cierta y lejana en el tiempo pero bastante cercana a nosotros en contenido y significado, hace reflexionar en el poder que tiene el derecho a la libre expresión que indudablemente posee un delicado equilibrio con otros derechos, pero como en ninguna ley se establece de manera clara que este derecho tenga primacía sobre los demás, habrá que concluir que de ser así esa primacía será solo el resultado de reflexiones filosóficas y políticas que sin embargo pueden estar recogidas de manera sutil por el derecho.

Por ello, resulta también necesario para efectos del presente trabajo reflexionar si la ponderación que se haga de la libertad de expresión y los otros derechos amerita que a la primera se le puedan oponer los segundos en ciertas circunstancias y, por ello, resulta importante admitir que como todo derecho el de la libertad de expresión ni puede verse de manera absoluta y aislada del conglomerado de prerrogativas, ya Jellineck destacaba que los primeros textos que recogen los derechos del hombre en un instrumento político y jurídico provenían de ciertos derechos religiosos.¹⁴⁹

En este contexto, los colonos ingleses llegados a Norteamérica huyendo precisamente de la persecución y censura religiosa de Enrique VIII, establecieron el derecho a la libertad de religión y conciencia como piedra angular de la que luego derivaron los de prensa y expresión, por eso la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos es algo aceptado por la mayoría de los autores y se puede decir que si se representan de manera esquemática los derechos naturales: el primer círculo concéntrico estaría representado por el derecho a la libertad de conciencia; en un segundo, la libertad de asociación y de manifestación pacífica y finalmente el círculo que contendría el derecho para participar en las cuestiones públicas locales, entre ellos, el gobierno, los otros derechos civiles y políticos estarían relacionados directamente con la libertad de expresión, en el mismo sentido lo ha corroborado en diversas ocasiones la Corte Europea de Derechos Humanos; en la realidad social la libertad de expresión junto con la libertad de asociación, que es una de sus expresiones, son determinantes para el progreso y desarrollo

¹⁴⁹ Cit. por: Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, p. 155.

democrático y por ello no hay duda de que a pesar de sus distintos matices ambas poseen una misma substancia.¹⁵⁰

Esta vinculación solo es posible valorarla en su justa dimensión en un contexto determinado y para ello debe prestarse atención al desafío de alcanzar un nivel de educación en la población que erradique el analfabetismo y se incrementen las posibilidades reales de que cada persona ejercite plenamente su derecho a la libre expresión y de hecho este derecho ocupa un lugar central en la articulación y ejercicio de los demás derechos elementales, siendo percibido como un componente vital para la vida democrática y por ello resulta relevante valorar no solo el contenido de la libertad de expresión en cada sociedad o a manera en que los órganos del Estado como tribunales lo aplican en los casos concretos sino a la forma en que la sociedad percibe la libertad de expresión y el valor que le atribuye.

En realidad, la libertad de expresión por su complejidad y relevancia plantea desafíos de diversa índole que no ameritan formulas ni criterios simples para atenderlos. Sin duda es una ardua tarea que genera la necesidad de interrogarse y contestar cual es la razón de ser del derecho en sí, sino definir qué es lo que se debe entender por “expresión” y cuál es el marco dentro del cual se puede ejercitar con libertad y apego a la legalidad porque es un hecho que no se puede separar el ejercicio natural de su correlativo impacto social y civil.

Si hoy es una prerrogativa tutelada por el derecho internacional no se debe olvidar que históricamente fue en Inglaterra donde surgió esa demanda inicialmente en el ámbito parlamentario donde estaba prohibido discutir ciertos asuntos y que sin embargo los diputados pugnaron para que al menos el presidente de su partido pudiese tener esa libertad sin que las palabras y expresiones que se usaran dentro del recinto parlamentario pudieran ser ni sancionadas ni castigadas por los tribunales ni por ninguna otra institución y que luego se consolidaría con los colonos del *Mayflower* y sus descendientes quienes le otorgarían el estatus jurídico que después se expandió por el mundo.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 110.

¹⁵¹ Véase: Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 155.

Ha quedado claro que la libertad de expresión se halla sólidamente ubicada como elemento vital de nuestro sistema de valores, como componente de nuestro sistema normativo y como un factor ligado a la idea misma democracia al que le otorga legitimidad y en el ámbito jurídico es claro que aunque en los diversos sistemas legislativos nacionales pueda haber alguna discrepancia formal, en los instrumentos internacionales de los que las mayoría e naciones forman parte existe consenso en torno a lo que debe entenderse por libertad de expresión

Se ha venido buscando una teoría que de manera general ofrezca una visión integral y estructurada del tema, lo que evidentemente no es asunto sencillo si se toma en cuenta que el enfoque no solo debe ser teórico sino que debe tomarse en cuenta que es una tarea que repercute a fin de cuentas en el contexto real y practico de una sociedad, lo que se trata de manera prioritaria es descubrir los principios y criterios que habrán de guiar a la hora de resolver conflictos que surgen de la colisión de derechos y cuya ponderación amerita ser la más eficiente pero también la más justa para una sociedad moderna y cambiante como esta del tercer milenio denominada la “sociedad de la información”.¹⁵²

Pero independientemente del enfoque que se le dé a la interpretación teórica para sustentar la aplicación práctica de la libertad de expresión un hecho cierto y aceptado es que aquella es un derecho natural inherente al ser humano a quien debe protegerse frente al Estado y a los demás poderes facticos como el económico y no son estos últimos los sujetos vulnerables a quienes deba brindarse la tutela jurídica, es decir, se trata de una prerrogativa que tiene por finalidad esencial proteger la dignidad humana.

Aunque inicialmente la libertad de expresión tenía como finalidad tutelar solo el mensaje de contenido político, con el transcurso del tiempo se ha ido expandiendo para proteger expresiones de cualquier tipo; sin embargo, la discusión aún se centra en ciertos mensajes como los de tipo comercial, violencia y pornografía, lo que está en plena controversia es el derecho de acceder a los medios y a escenarios

¹⁵² Dichos principios han quedado establecidos -al menos de manera general- en la jurisprudencia emitida por los organismos internacionales; especialmente, las Cortes de Derechos Humanos Europea y Americana y, de alguna manera, se han adoptado en las Constituciones y jurisprudencia de la mayoría de los Estados miembros.

públicos, como consecuencia de que la libertad de expresión continua siendo catalogada como libertad negativa que supone la ausencia de interferencia por parte del Estado pero no la libertad positiva que supone que el Estado establezca las medidas necesarias que garanticen la plena expresión de todos.

El mismo desarrollo tecnológico ha ocasionado la necesidad de abordar desde una perspectiva semántica y científica más amplia el fenómeno informativo y a considerar como medios de expresión otros que tradicionalmente no lo habían sido, porque siempre se consideró solo a la voz humana y a la expresión escrita las únicas fuentes de expresión y hoy se valoran otros como la conducta misma y cualquier medio y facultad que sea capaz de transmitir información de cualquier índole.

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, la libre expresión a proteger por parte del Estado no solo es aquella de contenido inofensivo o pacífico sino y sobre todo las que tienen por objeto cuestionar, criticar y desaprobar conductas del Estado o a un sector de población, exigiendo inclusión, tolerancia y respeto, tales como las esgrimidas por las minorías en su lucha por ser consideradas o por los grupos ciudadanos organizados para exigir mayor conciencia en diversos temas como el ambiental y derechos humanos, sin los cuales no puede haber una sociedad plenamente democrática.¹⁵³

En concordancia con lo expuesto, Louis Joinet ha manifestado que la libertad de expresión y su ejercicio pleno es un factor de cambio social y, por ello, estará en el centro del debate político y los cambios ocurridos en el mundo luego de la Caída el Muro de Berlín así lo sugieren porque en el centro de los mismos se dio el ejercicio de la libre expresión con las consecuencias históricas conocidas y ese factor hace pensar que este proceso no se detendrá; la “Primavera Árabe” y otros cambios tendrán como eje la plena vigencia de este derecho esencial y como lo ha dicho también *Amartya Sen*, la expansión de la libertad es el principal objetivo y el principal medio para el desarrollo, porque el desarrollo consiste en la remoción de los obstáculos de la libertad, las libertades políticas contribuyen a salvaguardar las libertades económicas.¹⁵⁴

¹⁵³ Véase: Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 166.

¹⁵⁴ Véase: Desantes Guanter, José María, *op. cit.*, p. 188.

5.4. Derecho vs libertad de expresión

Es un hecho que la libertad de expresión se sitúa en la parte básica de una gama de otros derechos naturales, que se articulan profundamente y adquieren sentido precisamente desde la dimensión de la libertad de expresión, pero el carácter de esta libertad como libertad esencialmente política que como tal representa un límite al poder político y cuya vigencia significa precisamente que el Estado no puede privar a quienes lo critican de ese derecho natural y democrático y este hecho incrementa el debate porque también deben protegerse expresiones que ninguna trascendencia pública o social poseen.

Se había dicho que la libertad de expresión protege todo tipo de expresión independientemente de su contenido, tanto el contenido político como el religioso, o el artístico y hasta el erotismo, porque en principio en una democracia cualquier asunto puede ser discutido y es natural verlo así porque cualquier restricción afectaría a la naturaleza misma del derecho a la libre expresión.

Pero también es cierto que en un Estado de Derecho donde impere el respeto a la norma y a los derechos humanos cuyo valor esencial es el imperativo categórico o la dignidad humana, deben señalarse con precisión los límites que permitan también la vigencia de otros derechos también importantes para el desarrollo de la personalidad humana y de una sociedad.

Si bien la libertad de expresión no es absoluta como ningún otro derecho lo es tampoco y tiene necesariamente que considerarse con la vigencia de otros derechos e intereses de carácter social o público y que confluyen en la gobernabilidad de una sociedad; por ello, cualquier Nación que sea parte de los instrumentos internacionales que la tutelan como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos ubica este derecho en una ubicación destacada y cualquier afectación sobre el mismo deba realizarse con bastante cuidado, tratando de vulnerarlo en lo

mínimo liego de una adecuada y exhaustiva ponderación con la intención de afectar en lo menos posible la libertad de expresión.¹⁵⁵

La legitimidad política se percibe cuando los ciudadanos creen que una entidad política los gobierna y, en consecuencia, obedecen las obligaciones impuestas, pero también la legitimidad política se refiere a los valores que vuelven a un órgano de gobierno digno de obediencia, diría Habermas, y entonces las creencias comunitariamente compartidas sobre la legitimidad crean una obligación normativa que coadyuva a asegurar el acatamiento voluntario a las decisiones del Estado aun las que no se desean.¹⁵⁶

La relación entre la participación en pie de igualdad y la legitimidad política ha sido analizada minuciosamente particularmente desde la Ilustración, la primera apreciación entre esos dos aspectos indica que todos los sujetos tienen el mismo valor moral, lo que determina que el poder político debe, por lo tanto, tratar con el mismo criterio a todos los gobernados.¹⁵⁷

De allí que para tratar el problema del disentimiento de la emisión y aplicación concreta de normas obligatorias a ciudadanos libres se diseña y aplica el proceso democrático como sistema de elección colectiva que proporciona la legitimidad en la elección del gobernante y por lo mismo en el orden social, por eso es necesario resaltar que la igualdad de oportunidades es un requisito de la legitimidad política en el Estado de Derecho y, por ello, el juego democrático supone que los ciudadanos puedan participar como iguales cuando se establecen normas imperativas que regulan la vida de cada individuo en sociedad.

La participación en condiciones de igualdad permite a los ciudadanos exigir y reivindicar sus derechos subjetivos y expresar su opinión sobre los asuntos de interés general, por eso es un hecho que la participación social en el debate y en la toma de decisiones fomenta el compromiso y la audiencia de los ciudadanos frente

¹⁵⁵ Véase: Desantes Guanter, José María, *op. cit.*, p. 199.

¹⁵⁶ Cit. por: Castro Montero, José Luis, "Libertad de expresión y límites democráticos", *Ius Humani: Revista de Derecho*, 2017, vol. 6, p. 15.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 22.

al derecho porque genera en ellos los valores cívicos y éticos que se denomina cultura de la legalidad.¹⁵⁸

Desde otra perspectiva, la aplicación de una norma que prohíbe el mensaje discursivo de quien no participó en el debate para emitir dicha norma y que tampoco está de acuerdo con ella, transgrede el principio básico de la participación en pie de igualdad de todos y esta situación vulnera el derecho de cada ciudadano de ser percibido, valorado y tratado como entidad autónoma y moral digna de respeto, por ello se insiste que la participación en pie de igualdad de todos los miembros de una sociedad es imprescindible para establecer cualquier condición jurídica de legitimidad política en un grupo social.

Pero también debe decirse que si se argumenta que la participación en igualdad es una condición de la democracia, se debe admitir también que las normas sobre las que cabe el disenso ciudadano se vuelven ilegítimas cuando se niega la participación de los ciudadanos en el debate público, en síntesis puede decirse que al contrario de las normas básicas de cualquier orden legal cuando la legitimidad de una norma cuya calidad es cuestionable no puede ser objeto de disenso y discusión se anula la legitimidad política.

No obstante, la vinculación de la libertad de expresión con otros derechos elementales, es común que no se adviertan el efecto de las limitaciones a ese derecho sobre la igualdad y la legitimidad democrática, por ejemplo la prohibición que se pudiera generar al voto ciudadano afectaría gravemente cualquier decisión en un Estado de Derecho y no es difícil imaginar las graves consecuencias que tal situación acarrearía para la legitimidad democrática, por ello se puede decir que las limitaciones a la libertad de expresión afectan gravemente la legitimidad democrática, debido a la estrecha vinculación que entre esos conceptos tiene la opinión pública; en ese orden de ideas, Hans Kelsen decía que:¹⁵⁹

La voluntad de la comunidad en una democracia siempre se produce a través de una discusión de mayoría y minoría de la libre consideración de argumentos a favor y en contra de una regulación. Esa discusión no solo tiene lugar en el parlamento sino y principalmente en reuniones políticas, en los periódicos, libros

¹⁵⁸ Véase: Popper, Karl, *La Sociedad Abierta y sus enemigos*, Salamanca, Sígueme, 2010, p. 133.

¹⁵⁹ Castro Montero, José Luis, *op. cit.*, p. 25.

y otros medios de opinión pública. Una democracia sin opinión pública no es más que una contradicción semántica....

Es fundamentalmente con la opinión pública que una sociedad controla a sus gobernantes, su opinión y la voluntad de expresarla como publica contiene la manifestación como ente individual que quien al expresa pero también el firme deseo de participar en los asuntos públicos, por ello las restricciones de la libre expresión a nivel público impiden que las personas cuenten con suficiente información para realizar elecciones conscientes y responsables y como consecuencia la limitación indebida a la libertad de expresión no solo afecta la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos sino también al igualdad y la legitimidad democrática.

5.5. La paradoja de la tolerancia

La Revolución Industrial y el desarrollo tecnológico acelerón en gran medida la capacidad humana para comunicarse y como consecuencia los medios de finales del siglo XIX que principalmente eran los impresos y luego la radio y el teléfono, generaron el inicio de la era de la comunicación que dio paso luego a la de la información, en ese escenario *Karl Popper* acuña su *paradoja de tolerancia*; declara que si una sociedad es ilimitadamente tolerante, su capacidad de ser tolerante finalmente será reducida o destruida por los intolerantes, permitir libertad de expresión a aquellos que la utilizarían para eliminarla es una paradoja.¹⁶⁰

En el mismo sentido, Rosenfeld opinaba que le parecía contradictorio extender la libertad de expresión a radicales intolerantes porque si su proyecto llegara a triunfar e imponerse, sería de esperar que ellos y entonces si censurarían el disenso; finalmente, la tolerancia otorgada a ellos acabaría con la tolerancia general y se impondría la intolerancia que se pretendía combatir.¹⁶¹ Popper admitió que aunque parece paradójico, si se quiere una sociedad tolerante, esa misma sociedad debe ser intolerante con la intolerancia. Porque si se aplica la tolerancia

¹⁶⁰ Véase: Popper, Karl, *La Sociedad Abierta...*, cit., p. 66.

¹⁶¹ Cit. por: Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 199.

total a todos y aun con quienes son intolerantes; si no se adquieren medidas para cuidar y mantener una sociedad tolerante contra los radicalismos de los intolerantes, la consecuencia será la destrucción de los tolerantes y de la tolerancia.¹⁶² Como la historia lo demostró en la Alemania nazi y la URSS comunista y en otros regímenes similares.

Con lo expuesto, no se quiere decir que necesariamente se deba impedir en todo momento la expresión de ideologías que pudieran considerarse como intolerantes, porque evidentemente ello transgrediría la libre manifestación de las ideas, lo que también genera la necesidad de difundir los argumentos contrarios de tolerancia y armonía y que la opinión pública posea la información necesaria al respecto, porque tampoco es función del Estado censurar filosofías que sean contrarias a la imperante o de mayor aceptación, salvo en casos extraordinarios y graves en los que abiertamente se incite a la violencia, al odio, a la apología del delito, o se afecte la dignidad y libertad de los adeptos de alguna organización que profese y difunda cierta ideología.¹⁶³

Por ello, las excepciones contenidas en la ley en tal sentido, tienen su fundamento legal que es congruente con lo establecido en los instrumentos internacionales. Pero se debe insistir en el derecho del intolerante a expresar libremente sus ideas porque lo que en un momento de la historia puede sonar intolerante en otro no y de hecho muchas de las ideas que hoy imperan de manera lucida en el escenario universal, fueron en su momento consideradas como intolerantes, como ejemplo: la libertad de conciencia, la igualdad de todos y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

En ese sentido, Rawls -en su obra *Teoría de la Justicia*- opinaba que una sociedad justa tiene que tolerar al intolerante, o si no, la sociedad podría volverse intolerante, y por ello injusta. Aun así, también insiste, como Popper, que la sociedad tiene un derecho razonable a la supervivencia¹⁶⁴.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 229.

¹⁶³ La experiencia que viene a la mente es la reciente prohibición de los Testigos de Jehová en Rusia por considerarlos extremos y difundir ideas entre sus integrantes que afectan no solo su libertad sino su misma salud, al prohibírseles recibir transfusiones sanguíneas.

¹⁶⁴ Véase: Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Barcelona, Herder, 2015, p. 78.

Según el mismo Rawls, “Mientras una secta intolerante no sea señalada como intolerante, goza de libertad, la que debe ser restringida solo cuando los tolerantes, sinceramente y con razón, crean que su propia seguridad y de las instituciones que garantizan la libertad están en peligro”.¹⁶⁵

Esta afirmación parece sensata, porque hay un nivel de tolerancia con los intolerantes y eso es democrático, el problema viene luego cuando los intolerantes en uso de su tolerancia pueden exigir al Estado ser intolerante con aquella, lo que redundaría finalmente en intolerancia, previendo esos excesos los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la OEA han establecido criterios para aplicarse en estos casos y la limitación a la libre expresión sea cuidadosamente tratada y aplicada tratando de afectarla en lo mínimo.¹⁶⁶ Por ello, Walser también reflexionaba:¹⁶⁷

¿Debemos tolerar al intolerante? Resalta que la mayoría de los grupos religiosos minoritarios que se benefician con una sociedad tolerante son, ellos mismos, intolerantes, al menos respecto a algunos temas. En un Estado de Derecho las personas pertenecientes a esos grupos pueden aprender a tolerar, o al menos a comportarse «como si poseyeran esa virtud.

Por su parte, Thomas Jefferson pensaba sobre la sociedad tolerante y los efectos que pudiera tener tal apertura en la sociedad que: “Dejemos que sus opiniones sean monumentos a la seguridad de que dichas opiniones sean monumentos a la seguridad de que dichas opiniones erróneas pueden ser toleradas, así la razón es libre de combatir las”.¹⁶⁸

La enseñanza que queda de este apartado es que la tolerancia al igual que cualquier derecho y libertad no es absoluta y debe aplicarse con límites.

5.6. El ejercicio indebido de la libertad de expresión

La muerte de Sócrates es quizá el más representativo acto de cómo se puede abusar de la libertad. Los ciudadanos atenienses disfrutaban de un derecho único en su tiempo que nadie más tenía en los demás imperios del mundo y que era la

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 322.

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 333.

posibilidad de discutir en la plaza pública los temas de interés común especialmente los de índole política y ese privilegio no lo compartía ningún otro ciudadano en el mundo porque allá solo cabía un solo pensamiento el del monarca y el grupo en el poder, a lo sumo que podía aspirar un ciudadano común era albergar su pensamiento y compartirlo en familia.

Por eso, los atenienses forjaron el ambiente idóneo para establecer los cimientos democráticos que permitieron a Pericles diseñar el Estado en torno a la ley y garantizar las libertades de todos; pero a pesar de esta libertad los excesos no eran cosa erradicada y el juicio de Sócrates fue el ejemplo más claro y dramático, primero los enjuiciadores lo condenaron por seducir a los jóvenes y apartarlos de las sanas costumbres que la religión inculcaba y luego cuando los condenadores fueron condenados al destierro por su decisión.¹⁶⁹

Es un hecho de que la libertad de expresión no siempre se ha entendido de la misma manera; si se compara una sociedad de hace más de 2500 años, como la ateniense, con los estándares que actualmente se disfrutan, se aprecia que se ha abusado de tal libertad, lo que ha afectado también a otros derechos e intereses haciendo necesario ponderar para armonizar el ejercicio del que debe prevalecer y afectando lo menos posible los demás, de lo que no hay duda es de que la libertad de expresión es un derecho que en la democracia moderna ocupa un sitio destacado y que es garantía de respeto a otros derechos naturales colaterales así como de la existencia de instituciones democráticas.

La libertad de expresión es una de las formas más refinadas de la libertad de pensamiento que es el preámbulo de la expresión, porque lo expresado no es más que el pensamiento exteriorizado, por ello no se exagera al decir que su ejercicio es condición indispensable de otras libertades, aunque complejo definir este derecho por su profundidad y amplitud, no existe sociedad prácticamente que no la postule como el símbolo máximo de la libertad humana.

Pero por paradójico que parezca, a la par de la historia de la libertad de expresión, se ha visto como distintos poderes tanto eclesiásticos como políticos la

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 378.

¹⁶⁹ *Ídem*.

han sometido en distintos periodos, primero de manera conjunta y luego al quedar rezagado el poder de la iglesia fue el Estado el que sometió esta libertad y luego de la revolución industrial apareció un nuevo agente en el poder económico representado por los grandes consorcios comerciales que a través de medios más sutiles pero no menos efectivo han buscado incidir en el control de la libertad de expresión, algo que se incrementó considerablemente a finales del siglo XX y en la actualidad.

Ha sido tan relevante la libertad de expresión a lo largo de la historia humana que bien se puede afirmar que esta no es sino la de la historia de la represión y control de la libertad de expresión por los poderes indicados y la reacción por parte de otros factores de poder siendo el más importante el ciudadano hoy en día y es que la facultad humana de expresar pensamientos ha sido siempre vista con temor y desconfianza principalmente por quienes han ostentado el poder en una sociedad.

Quizá sea porque gran parte del sustento social del poder radica en el control del pensamiento de la comunidad sobre la que se ejerce ese poder y se entiende esto porque el ejercicio del poder y el control social ha sido fácil cuando no hay oposición y crítica por eso puede decirse que el acceso a la información es en sí mismo un instrumento de poder porque permite cuestionar y evaluar al gobernante con elementos reales, por eso la añeja máxima de que la pluma es más poderosa que la espada, tiene su grado de verdad porque solo apelar a la razón, a la persuasión y no a la fuerza o a la espada su influencia en cualquier grupo humano es más penetrante y duradera. Pero de hecho en la práctica, la libertad de expresión siempre ha sido vista como una amenaza para los regímenes despóticos; por eso, en los estados totalitarios ha sido la primera víctima en caer. Pero esto no ha impedido que en regímenes que se denominan democráticos y que al menos constitucionalmente lo son, también el Estado y el poder económico no obstruyan frecuentemente la libre expresión a través de medios más sutiles pero no menos eficaces, lo que también hay que agregar es que la misma libertad jurídica genera los mecanismos ciudadanos para oponerse a esas actitudes y, no pocas veces, de estos fenómenos emanan leyes de transparencia, rendición de cuentas y demás controles del gobierno.

Históricamente, la lucha por la consolidación de la libertad de expresión tiene un fondo innegable y que es de índole liberal y que es la reivindicación del individuo frente al Estado, frente al poder establecido, político espiritual, económico y de cualquier índole, porque en la misma familia puede gestarse y entenderse este derecho y a pesar del desarrollo político y sobre todo tecnológico en los medios de comunicación el fondo de la discusión que se da en torno a la libertad de expresión gira aun sobre esos problemas que a finales del siglo XVIII inquietaban a los redactores de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano o de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y que se refieren al simple hecho de expresar lo que se piensa e imprimirlo en un folleto y distribuirlo en cualquier esquina de la ciudad sin que por ello sea detenido y encarcelado; sin duda, esas han sido las preocupaciones de la época y los valores y convicciones que los impulsaban continúan hoy vigentes y tal parece que más allá de los cambios materiales de la historia el valor de la libertad de expresión tiene vigencia plena, pero no obstante el vertiginoso desarrollo de los medios de comunicación como nunca antes se había visto, hoy también se deben responder nuevas interrogantes y abordar nuevos y complejos desafíos que no se tenían y de hecho el surgimiento de esos nuevos medios de comunicación especialmente el Internet planea nuevos retos en torno al acceso democrático a los mismos ha dado origen a nuevos derechos conexos al de la libre expresión y uno de ellos es el derecho a la información.¹⁷⁰

También se ha evolucionado en la apreciación del concepto de libertad de expresión y se ve no solo en su aspecto negativo, es decir, el que el Estado no debe intervenir para censurar lo que los ciudadanos expresan, sino también el positivo, que es la posibilidad de comunicar lo que se expresa, lo que vendría a completar el proceso de comunicación porque se garantiza lo que se expresa y su comunicación a los demás.

Por su esencia intrínseca, la libertad de expresión es la condición de las otras libertades igualmente necesarias para el desarrollo de la personalidad humana y se puede afirmar que en donde no hay libertad de expresión tampoco habrá libertad en

¹⁷⁰ Véase: Castro Montero, José Luis, *op. cit.*, p. 18.

su sentido más amplio ni menos existirá la democracia que es el producto refinado pero también el contexto material y temporal en el que se desarrolla la libertad de expresión; por ello, gran parte de los casos de detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones forzadas presentadas ante los organismos internacionales de derechos humanos tienen que ver en principio con la libertad de expresión.

Por ello, el juez Charles E. Hughes, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, dice que la libertad de expresión posee un vínculo íntimo con el derecho de reunión pacífica, de pensamiento y de conciencia o religión; por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que la libertad de expresión es aplicable no solo a la información que se recibe de manera favorable, o sea las que no generan polémica o debate, sino particularmente aquellas que confrontan cuestionan o critican, pero obviamente tampoco se ha sostenido que la libertad de expresión consista en lo que sea donde sea y como sea y aquí es donde entra el Estado de Derecho y la cultura de la legalidad, que serían los parámetros que deberían guiar y delimitar ese derecho, que también como se dijo, y al igual que otros derechos humanos no es absoluto.¹⁷¹

En realidad y en concordancia con su compleja esencia y relevancia la libertad de expresión es delicada, está sometida a distintos tipos de interferencia y es tan frágil que la amenaza de cualquier castigo por parte del poder público puede persuadir a ejercerla, pero como sea en el mundo actual la libertad de expresión constituye un derecho humano de proyección política y civil de importancia para garantizar la vida democrática que caracteriza a las modernas naciones.

Sus consecuencias inmediatas pueden ser el vernos expuestos al uso del lenguaje ofensivo emanado del uso irresponsable de este derecho que puede dañar a otros derechos de los demás con igual trascendencia que el de la expresión y que tienen que ver con la intimidad personal, el honor, o la misma seguridad individual, por ello un derecho tan importante como el de la libre expresión debe ser valorado y tratado y ejercido con la responsabilidad ética pero también con el límite que el derecho debe imponer en aras de garantizar la gobernabilidad y la paz social,

¹⁷¹ Véase: Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 388.

¹⁷¹ Ídem.

porque como decir Bodenheimer: “el derecho es el justo medio entre la anarquía y en despotismo”.¹⁷²

5.7 Libertad de expresión y su armonía con otros derechos

No obstante su relevancia en la historia, la libertad de expresión no puede verse como un derecho sagrado y absoluto y, por lo mismo, inafectable, porque en una sociedad donde imperen las leyes y donde coexistan los derechos de todos en un mismo contexto de igualdad democrática y jurídica no puede haber ningún derecho que someta a los de los demás, en realidad y precisamente por su relevancia en un Estado de Derecho, cualquier conflicto de la libertad de expresión con cualquier otro derecho debe ser cuidadosamente ponderado sin descartar nunca la relevancia de los demás.

Pero obviamente esta ponderación debe buscar el equilibrio armónico entre libertad de expresión y otros derechos y valorarse y analizarse cada caso por separado sin intentar aplicar criterios de carácter general o histórico, porque los derechos humanos precisamente por su unicidad requieren una atención individualizada cuando se confrontan entre sí sin afectar la esencia de la libertad de expresión, tal es así que el artículo 29 de la Convención Americana estipula que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de anular o impedir el ejercicio de los derechos reconocidos en ella o limitar sus ejercicio en mayor grado al que ella misma lo hace.¹⁷³

Pero obviamente lo anterior no impide que se siga considerando en el ejercicio de la libertad de expresión como regla y no como la excepción y que cualquier limitación se admita solo recayendo el peso de la prueba a quien alegue la excepción y no en quien desea expresarse libremente, por ello se deben adoptar todas las medidas posibles para proteger la esencia del derecho que se comenta y garantizar su esencia Constitucional.

Sin embargo, en la medida en que los derechos humanos no se pueden restringir de manera irresponsable y ese equilibrio que debe prevalecer entre la

¹⁷² Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 188.

¹⁷³ Véase: Faundez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 387.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 388.

libertad de expresión y otros derechos y que el poder público tiene la obligación de garantizar también está sometido a requisitos específicos y estas excepciones solo se admiten si son vitales para mantener el interés legítimo y si no son excesivas en relación al daño que se pretende evitar.

Pero desde otra perspectiva, tampoco se puede negar que cuando el poder concentrado en los particulares incentive las restricciones a la libre opinión ciudadana, el poder público deba intervenir precisamente para garantizar tal derecho de todos y se escuchen todas las voces aun las de los grupos vulnerables, por eso se dice que la visión tradicional que indicaba que para proteger la libre expresión al Estado solo le bastaba abstenerse de coartarla quedo hoy con el desarrollo tecnológico, social y cultural ampliamente superada y hoy es obsoleta y esta obligación de protección además de referirse a proteger al orador frente al público hostil refleja también el aspecto positivo de esta libertad que se refiere a proteger de la intervención de otros ciudadanos o poderes que intentan acallarlo.

La libertad de expresión se ha consolidado en esta sociedad de la información como la piedra angular de todos los derechos, derecho y libertad se encauzan por senderos distintos pero cuando es necesario colisionan y entonces la ponderación y el equilibrio axiológico que debe imperar casi siempre se logra porque es en el derecho internacional donde radican los principios y valores que consagran casi todas las constituciones nacionales y son por demás claros y precisos porque son el resultado de la larguísima evolución del pensamiento filosófico y jurídico que se ha logrado plasmar en la norma como garantía de que los derechos humanos y la dignidad de la persona no son solo y como tanto tiempo en la historia solo meros ideales abstractos e inalcanzables para la mayoría de las personas.

Derecho y libertad dos valores dos facultades del espíritu humano que parecieran contradecirse porque la libertad en tanto capacidad espiritual de actuar por voluntad propia y libre albedrío encuentra en la norma escrita un tope a las pretensiones de los ciudadanos de hacer o no hacer, pero en realidad esa frase célebre de: "ser libre es hacer lo que se quiere, haciendo lo que se debe", cobra más vigor en esta sociedad consumista donde el egoísmo y el culto al ego parecen ser norma de comportamiento, en realidad el derecho como expresión de justicia y

libertad contiene normas que garantizan precisamente el sano desenvolvimiento de la personalidad humana y colectiva, porque uno de sus fines es el bien común y no hay mayor bien colectivo que una sociedad en paz y ordenada que establezca las condiciones para la prosperidad de todos.

Libertad y legalidad, dos principios que no debieran colisionar porque la libertad civil, a que hacía alusión Rousseau,¹⁷⁴ contenía también los apetitos y deseos más primitivos que impulsan al dominio de los otros, fue suplantada en virtud del contrato social por la libertad civil que contiene los límites que le aporta el derecho y que son necesarios para que no impere la ley del más fuerte, sino la ley que establezca derechos para todos y las condiciones de orden y paz para el adecuado desarrollo y vigencia de todas las capacidades humanas.

¹⁷⁴ Hirshberger, Johanes, *op. cit.*, p. 210.

CONCLUSIONES

A lo largo del trayecto del presente trabajo quedaron contestadas las preguntas de investigación, evidenciando como la cultura y sus valores axiológicos en los ciudadanos pueden construir el Estado de Derecho y como la libertad de expresión es su mejor indicador, lo que obviamente no es un producto perfecto y requiere de la continua retroalimentación de los valores cívicos que contribuyeron a construir el Estado de Derecho y ahora deben hacer que el ejercicio de ese derecho básico no se convierta en instrumento de afectación de los derechos de los otros.

Se argumentó que la cultura de la legalidad introduce en la mentalidad del ciudadano valores axiológicos y principios cívicos que le hacen ser consciente de que el cumplimiento de la ley es la mejor alternativa para coexistir en un grupo social y que es allí donde se puede desarrollar como persona, lo que incluye el respeto de los derechos de los demás y, de esta manera, su expresión será acotada por el marco legal; será auténtico ciudadano por que el respeto a la legalidad es el requisito de la ciudadanía y el comportamiento entonces será el que determine la ley como producto refinado de los fines que ese grupo establece como valiosos, porque no es el temor solo el que debe impulsar a los ciudadanos a acatar la ley sino el convencimiento de que es la mejor manera de convivir en sociedad y porque así es como vive una sociedad civilizada.

Recuérdese que las interrogantes que guiaron el proyecto fueron las siguientes: ¿cuál es la vinculación entre cultura de la legalidad y la libertad de expresión en un Estado de Derecho? y ¿cómo puede la cultura de la legalidad formar ciudadanos que ejerciendo su derecho a la libre expresión no afecten otros derechos?

Por lo expuesto, se llegaron a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Es en el Estado de Derecho que la humanidad trasciende a un nivel superior de la organización política y es reflejo de la evolución misma de la conciencia filosófica acerca del ser individual y ser social como proyección ontológica de aquel y es allí mismo en ese contexto que los individuos se pueden desarrollar como entes racionales y éticos que son, porque al prevalecer la ley civil

sobre la libertad natural y el bien común en armonía con el individual, puede la personalidad humana hallar el contexto para desarrollarse armónicamente como soñaron los socráticos.

La noción de Estado de Derecho es el modelo ordenado de convivencia humana construido luego de muchos años de reflexión teórica que tuvieron como trasfondo avatares históricos que obligaron a replantearse las ideas y valores que se tenían como válidas y se llegó a esta propuesta en la que los ciudadanos se someten voluntariamente a la ley, incluido obviamente el gobernante, constituye un sistema en el que ciudadanos y autoridades conocen bien sus derechos y obligaciones a partir de las disposiciones del orden legal.

El Estado y el Derecho, su simbiosis y proyección como Estado de Derecho, se identifican por una serie de valores de carácter histórico y su diferenciación con el derecho de las sociedades previas. A lo que se debe agregar la incursión y protagonismo de la sociedad y la nueva postulación teórica del Estado y del Derecho modernos; su flexibilidad respecto de los cambios inducidos por el contexto histórico, cultural y político; pero sobre todo su capacidad de auto regeneración en los nuevos tiempos.

Una sociedad en donde la mayoría cree en el Estado de Derecho, se define como una sociedad, que se rige por una conducta ética que profesa y practica una cultura de la legalidad. En ésta, la mayoría espera que las personas se comporten de acuerdo con las leyes, sin necesidad de que sean obligados por la fuerza pública. La sociedad está de acuerdo y apoya la tarea de los órganos encargados de la procuración e impartición de justicia, para garantizar juicios legales y justos y mantener el Estado de Derecho.

SEGUNDA. El concepto el Estado de Derecho tampoco está plenamente acabado, no basta decir que establece de manera eficaz los requisitos que debe reunir una democracia para considerarse una comunidad organizada y regida por la ley, donde el respeto a los derechos de los ciudadanos está garantizado no solo por el derecho, sino sobre todo por la actuación de las autoridades; pero también,

donde los gobernados acatan la norma y el respeto a la legalidad, es la conducta cotidiana de todos.

Dos mil quinientos años de evolución del pensamiento político en torno al hombre y su mejor creación el Estado ha generado los principios en torno a los fines de esa entidad y la forma en que debe funcionar para asegurar un aspecto que hoy no se discute y que es la realización de la personalidad humana de manera armónica respetando siempre su dignidad, ese principio insertado primero de manera positiva en los textos de organismos internacionales como la Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y que también forma parte de las mayoría de las Constituciones de los Estados.

TERCERA. Para definir al hombre como animal político y ser social se requiere identificar en él la capacidad de relacionarse políticamente para crear sociedades y organizar la vida en comunidades complejas. Pero con esta expresión no solo se resalta la aptitud y necesidad natural humana de crear sociedades y vivir en ellas para desarrollarse plenamente, sino también se enfatiza en su capacidad natural de carácter social y política. El hombre y algunos animales por naturaleza son sociales, pero solo el ser humano es político y organiza el poder. Por ello, es una verdad que la dimensión social ayuda a construir la base de la educación y la dimensión política contribuye a la extensión de esa educación, mediante la emisión de reglas de contenido social que garantizan el cumplimiento de todos de los objetos que se fijan como importantes en el grupo humano.

La cultura como proyección social es el escenario más complejo de una sociedad, es el ámbito donde se desenvuelven todos los demás aspectos particulares que identifican a cada grupo social y los diferencian entre sí.

La cultura funciona como una especie de memoria colectiva cuyo objeto es servir como referencia histórica y social, es asumida por el colectivo humano que la ostenta como el símbolo, la garantía de fidelidad a los orígenes y raíces ancestrales que proporcionan la imagen que se tienen de si y que definen su estatus en el mundo y que hacen precisamente irreplicable esa visión y de esa cultura deriva la cultura política como el conjunto de conocimientos, creencias, valores y actitudes

que una población determinada genera y expone ante diversos aspectos de la vida política que rige en el lugar en el que se asienta y se refiere a los anhelos políticos como a las leyes de un gobierno y es el fruto del acontecer histórico de un sistema político pero sobre todo de los integrantes miembros del de ese grupo humano.

La cultura de la legalidad y la cultura política son un subproducto de la cultura y, a su vez, la primera está vinculada a la segunda, aunque debe decirse que no se agota en la misma porque la cultura de la legalidad es una variable válida por sí misma, es decir si bien se vincula a la cultura política posee un grado de independencia, ambos aspectos comparten una relación directa con la cultura general de una sociedad y si bien la cultura política es más amplia, la de la legalidad constituye un ámbito que por su contenido se hace distinta de la otra.

El gobierno de la ley como se ha planteado necesita para su éxito de la previa y prolongada existencia de una cultura política de la legalidad que conciba y transforme a cada individuo en un ciudadano, porque la ciudadanía es uno de los elementos fundamentales de las sociedades actuales. Pero también se debe insistir que los ciudadanos no surgen de manera espontánea sino que se cultivan en el acatamiento de la ley.

El respeto a la vida cívica, a la vida comunitaria y a la legalidad genera la construcción de una convivencia social abierta y respetuosa de los derechos de todos y una vida pública ordenada y democrática. Aunque es verdad que la vida en sociedad amerita libertades civiles, pero el ciudadano libre sólo existe en una sociedad gobernada por la sujeción a las leyes de todos, incluida la autoridad política.

CUARTA. La libertad de expresión como derecho humano -y después del derecho a la vida- es quizá el más importante, permite expresar pensamientos, reflexiones, y todo aquello que el espíritu humano en su proceso interior genera en su interpretación de la realidad externa e interna, nada se le compara, quizá la realización de la personalidad humana radique en él y por ende las revoluciones más importantes que ha experimentado la humanidad y que generaron los principios éticos, políticos y jurídicos que dieron vida a las modernas instituciones tuvieron

como inspiración la búsqueda de esta libertad y la exigencia de ella como derecho legítimo individual pero también colectivo; no se podría entender la historia humana sin él, es el derecho que permite ser persona, desde pensar, opinar y saber en la libertad de buscar, recibir y brindar información.

La libertad de expresión es el derecho más sagrado de todos porque es el que nos proyecta como humanos, como entes dotados de espíritu racional. A lo largo de la historia humana ha constituido el eje civilizador porque ha permitido la simple manifestación de ideas, de discusión y del debate necesarios para consensar entre los miembros de la sociedad la mejor forma de coexistir adoptando los principios, valores, reglas e instituciones necesarias para garantizar el respeto de todos a la igualdad, la libertad y la coexistencia pacífica y ordenada en beneficio de todos, no existe civilización que no haya surgido del entendimiento que el intercambio de ideas han generado por milenios.

La libertad de expresión necesariamente se refiere a un derecho individual pero también social, porque paralelamente proviene de la naturaleza humana individual pero se proyecta hacia lo social y solo en ello se perfecciona y alcanza su dimensión axiológica que es contribuir al desarrollo de la personalidad del individuo y como consecuencia del grupo social, por ello se puede afirmar que es un bien individual y social a tutelar y proteger.

La democracia es el espacio de convivencia ordenada por el derecho el que necesariamente protege los derechos de todos pero debe decirse que no cualquier expresión puede ni debe estar igualmente protegida constitucionalmente, porque la opinión no es insulto, ni la información y noticia falsedad o manipulación mediática. Los insultos por su carácter violento e injurioso se consideran inútiles en una democracia porque es en el fondo un modo de violencia e intento de dominación y por ello son innecesarios para expresar ideas y pensamientos y quedan fuera de la protección jurídica. Las opiniones por el contrario se protegen porque edifican e implican además de dialogo y comunicación interacción social por que implican simples apreciaciones personales que no son formalmente injuriosas aunque contengan opiniones hirientes y puedan contener ironías o sátiras.

QUINTA. La voluntad y el quehacer humano son libres y por ello la libertad, en un primer significado se refiere a su desvinculación de la determinación natural; en sentido negativo. Así, la libertad en sentido positivo, es decir, como posibilidad de autodeterminación, acción se da en el ámbito contingente. Dentro de este esquema, se hace referencia a la libertad privada, natural, pública, política, social, libertad moral, libertad religiosa, de expresión, entre otras; pero éstas solo son posibles si se admite la libertad de la voluntad y con ello el libre pensamiento y acción, entonces el hombre es un ser libre, solo admitiendo este postulado ha sido posible construir la civilización humana con los aciertos y errores que hoy vemos pero que tienen como fondo la convicción que al ser libre el humano todos somos iguales y esa es la esencia de la democracia moderna.

La voluntad es autónoma entonces es una convicción universal que se acredita con la existencia misma de los ordenamientos jurídicos y su vigencia concreta. Esa libertad genera una amplia gama de derechos pero el de la expresión es el fundamental para construir una sociedad y la cultura de la legalidad es el marco ideal para proteger los demás derechos y generar la armonía necesaria para todos.

La libertad de expresión tiene una dimensión colectiva y social más amplia y compleja pero igual de importante y como consecuencia la protección de los demás derechos es imposible si se carece de la libertad de buscar, difundir y recibir información, que permite el ejercicio de aquellos otros.

Libertad de expresión y cultura de la legalidad son dos aspectos que contribuyen a generar el espacio de tolerancia y respeto que debe ser la característica fundamental de una sociedad civilizada y en lo que todos los ciudadanos participan y se involucran cual entes éticos y cívicos.

El componente moral de la tolerancia exige respecto a la libertad de expresión además de la coexistencia pacífica de posturas distintas que representa el pluralismo, una decidida manifestación y percepción de aceptación e inclusión del disenso, con la plena convicción de que todos los puntos de vista y posiciones que involucren la plena manifestación de expresión ciudadana, no sean censuradas ni

se les aplique más restricción que las contempladas por el derecho constitucional e internacional.

Los valores democráticos constituyen las condiciones necesarias y básicas para garantizar el ejercicio pleno de la libertad de expresión en una sociedad que se precie de ser respetuosa de la libertad y de los derechos humanos. Esos principios éticos son fundamentalmente viables en los sistemas democráticos, porque es verdad innegable que una democracia es el fundamento de un Estado de derechos humanos.

La libertad de expresión no es absoluta como ningún otro derecho lo es tampoco no hay duda de que la gran mayoría de los Estados modernos la han ubicado en un destacado lugar dentro de sus Constituciones y la protección sistematizada y privilegiada de ella es expresión del grado de convicción que los gobiernos y sus sociedades tienen del valor de dicho derecho y eso es algo que representa un avance invaluable e innegable del pensamiento político que nos hace más humanos, si se adopta dicha expresión como un modelo de perfección y entonces cualquier afectación sobre el mismo debe realizarse con cuidado, tratando de vulnerarlo en lo mínimo luego de una adecuada y exhaustiva ponderación con la intención de afectar en lo menos posible la libertad de expresión.

La tolerancia igual que la libertad de expresión también debe tratarse con precaución porque nada en este mundo es absoluto y también tiene sus límites. Por eso los principios fundamentales del Derecho Internacional enuncian los límites a ambos, porque su abuso suele desintegrar sociedades en cuyo proceso queda afectado otro principio elemental de la convivencia social civilizada que es la dignidad humana.

Para mantener una sociedad tolerante se debe ser también intolerante con la intolerancia y ello es así porque si se aplica la tolerancia ilimitada a todos y aun los radicales; si no se adoptan medidas para proteger una sociedad que es tolerante contra los excesos de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y de la tolerancia.

La libertad de expresión es un derecho que en la democracia moderna ocupa un sitio destacado y que es garantía de respeto a otros derechos naturales

colaterales así como de la existencia de instituciones democráticas, solo una cultura de la legalidad ha hecho posible la sana convivencia humana.

La libertad de expresión es la condición de las otras libertades igualmente necesarias para el desarrollo de la personalidad humana y se puede afirmar que en donde no hay libertad de expresión tampoco habrá libertad en su sentido más amplio ni menos existirá la democracia que es el producto refinado pero también el contexto material y temporal en el que se desarrolla la libertad de expresión.

La libertad de expresión no puede verse como un derecho sagrado y absoluto y por lo mismo inafectable, porque en una sociedad donde imperen las leyes y donde coexistan los derechos de todos en un mismo contexto de igualdad democrática y jurídica no puede haber ningún derecho que someta a los de los demás, en realidad y precisamente por su relevancia en un Estado de Derecho cualquier conflicto de la libertad de expresión con cualquier otro derecho debe ser cuidadosamente ponderado sin descartar nunca la relevancia de los demás, lo que sin la participación ciudadana imbuida de cultura de la legalidad será imposible.

Derecho y libertad constituyen dos valores, dos facultades del espíritu humano, que parecieran contradecirse porque la libertad en tanto capacidad espiritual de actuar por voluntad propia y libre albedrío encuentra en la norma escrita un tope a las pretensiones de los ciudadanos de hacer o no hacer, pero en realidad esa frase célebre de: "ser libre es hacer lo que se quiere, haciendo lo que se debe", cobra más vigor en esta sociedad consumista donde el egoísmo y el culto al ego parecen ser norma de comportamiento; en realidad, el derecho como expresión de justicia y libertad contiene normas que garantizan precisamente el sano desenvolvimiento de la personalidad humana y colectiva, porque uno de sus fines es el bien común y no hay mayor bien colectivo que una sociedad en paz y ordenada que establezca las condiciones para la prosperidad de todos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ABC de las Naciones Unidas*, Nueva York, ONU, 1988.
- AMBRIZ, José, *Curso de Filosofía Marxista*, Bogotá, Oveja Negra, 1995.
- AQUINO, Santo Tomas de, *Tratado de la Ley*, México, Porrúa, 2008.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 2011.
- _____, *La Política*, México, Porrúa, 1998.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, FCE, 2004.
- BOTERO MARINO, Catalina, *Libertad de Expresión e Internet*, Costa Rica, OEA, 2013.
- BURDEAU, Georges, *Tratado de Ciencia Política*, México, UNAM, 1984, t. I.
- _____, *Tratado de Ciencia Política*, México, ENEP Acatlán, UNAM, 1995, t. IV.
- CAMPOS NIETO, Miguel, *Diccionario de Sociología*, Madrid, Planeta, 2011.
- CROS, Edmond, *El Sujeto Cultural, Sociocrítica y Psicoanálisis*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2003.
- DESANTES GUANTER, José María, *Fundamentos del Derecho de la Información*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1977.
- DÍAZ, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, 5ª ed., México, UNAM-Porrúa, 1999, t. II.
- Enciclopedia de Grandes Temas Grolier*, México, Grolier, 1978, t. 5.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la Información*, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2004.
- ESQUERRA, Enrique, *Grandes Biografías, Biografía de Winston Churchill*, Madrid, Salvat, 2003.
- FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los Límites a la Libertad de Expresión*, México, UNAM, 2016.
- FAYA BIESCA, Jacinto, *et al.*, *Cinco Temas Sobre Administración Pública*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 1999.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *et al.*, *Una Definición de estado de derecho*, exposición presentada por el CIDAC, México, Centro de Investigación para el Desarrollo A.C., 2002.
- FORTSHOFF, Johannes, *Problemas Actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1966.
- GÓMEZ SANTOS, Manuel, *Historia del Pensamiento Social y Político*, Madrid, Orius, 1998.
- HEGEL, Wilhelm Frederick, *Fenomenología del Espíritu*, México, Porrúa, 2009.
- HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, Madrid, Sígueme, 2003.
- HIRSHBERGER, Johannes, *Breve Historia de la Filosofía*, Madrid, Herder, 1988.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, México, Porrúa, 1989.
- KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, México, Porrúa, 1979.
- _____, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1986.
- _____, *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Salamanca, Sígueme, 2014.
- LAVEAGA, Gerardo, *Cultura de la Legalidad*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2250/2.pdf>.

- LOCKE, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Herder, 1989.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, México, Porrúa, 1997.
- MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1981.
- PÉREZ ZEPEDA, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, México, Cuadernos del IFE, 2004.
- POPPER, Karl, *La Sociedad Abierta y sus enemigos*, Salamanca, Sígueme, 2010, p. 133.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Barcelona, Herder, 2015.
- RODERICK, Al Camp. *Visiones ciudadanas de la democracia en América Latina*, trad. Paula Andrea Mosesso, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, <https://books.google.com.mx/books?isbn=9682326982>.
- RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel Julio y Villanueva, Ernesto (Coord.), *Compromiso con la Libertad de Expresión. Análisis y Alcances*, México, Fundalex, 2010.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discursos a la Academia de Dijon*, Madrid, Sígueme, 1997.
- _____, *El Contrato Social*, Madrid, Planeta, 1988.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Cultura de la Legalidad y Democracia*, México, Cuadernos del IFE, 2008, núm. 22.
- _____, *Estado de Derecho y Democracia*, México, Cuadernos del IFE, 2009, núm. 9.
- STUART MILL, John, *Ensayo sobre la Libertad*, Madrid, Biblioteca de Grandes Pensadores, Alianza Editorial, 1970.
- VALADEZ, DIEGO, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- VERDROOS, Alfred, *La Filosofía del Derecho en el Mundo Occidental*, México, UNAM, 1989.
- VOLTAIRE, *Ensayo Sobre las costumbres*, Madrid, Herder, 1988.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1998.

2. Hemerografía

- CASTRO MONTERO, José Luis, "Libertad de expresión y límites democráticos", *Ius Humani: Revista de Derecho*, 2017, vol. 6, pp. 11-25.