

IIJ

LA LIBERTAD.  
DILEMAS, RETOS  
Y TENSIONES

---

Miguel Carbonell



COMISIÓN NACIONAL  
DE LOS USOS DEL ESPAÑOL

## LA LIBERTAD. DILEMAS, RETOS Y TENSIONES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie: ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm 131.

---

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos  
Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez  
Edición y formación en computadora: Jaime García Díaz

MIGUEL CARBONELL

LA LIBERTAD.  
DILEMAS, RETOS  
Y TENSIONES



COMISIÓN NACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS  
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

México, 2008

Primera edición: 2008

DR © 2008, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5368-5

*A Mónica,  
por haberme enseñado  
la esencia de la libertad  
(y otras esencias)*

Muchas veces pienso si no depositamos demasiadas esperanzas en constituciones, leyes y tribunales. Son falsas esperanzas; créanme, son falsas esperanzas. La libertad reside en los corazones de los hombres y las mujeres; cuando muere allí, ninguna constitución, ninguna ley, ningún tribunal puede salvarla.

Learned HAND, *The Spirit of Liberty*

La esencia de la libertad ha radicado siempre en la posibilidad de elegir lo que se desea elegir, porque así se desea, sin coerción, sin presiones, sin verse engullido por un vasto sistema; y en el derecho a oponerse, a ser impopular, a defender las convicciones propias simplemente porque son tus convicciones. Ésa es la verdadera libertad, y sin ella no hay libertad de ningún tipo, ni siquiera la ilusión de ella.

Isaiah BERLIN, *Freedom and its Betrayal*

Un hombre es un espacio de posibilidades.

Paul VALÉRY, *Cuadernos (1894-1945)*

No hubo un reino de la libertad total al principio, como lo habían planteado los teóricos del estado de naturaleza (el hombre nacido libre de Rousseau), ni habrá un reino de la libertad total al final, como preconizaron y predicaron los utopistas sociales. No existe ni una libertad perdida para siempre ni una libertad ganada para siempre: la historia es un entramado dramático de libertad y opresión, de nuevas libertades a las que contestan nuevas opresiones, de viejas opresiones abatidas, de nuevas libertades reencontradas, de nuevas opresiones impuestas y de viejas libertades perdidas.

Norberto BOBBIO, *Igualdad y libertad*

## CONTENIDO

Agradecimientos . . . . .	XV
Introducción. ¿Por qué la libertad? . . . . .	XVII
I. Libertad-esclavitud . . . . .	1
II. Libertad de los antiguos y libertad de los modernos. Benjamin Constant . . . . .	5
III. Libertad y principio de daño. John Stuart Mill . . . . .	15
1. Paternalismo . . . . .	25
2. Lesividad . . . . .	39
3. En la ruta de la autonomía . . . . .	44
IV. Libertad negativa y libertad positiva. Isaiah Berlin. . . . .	49
1. Libertad negativa . . . . .	49
2. Libertad positiva . . . . .	55
V. Libertad como no dominación. Philippe van Parijs. . . . .	65
1. Renta básica. . . . .	67
2. Libertad y redistribución . . . . .	68
VI. Peligros para la libertad . . . . .	75
VII. Libertad y miedo. . . . .	79
1. Riesgos del cuerpo . . . . .	80

2. Tortura . . . . .	83
3. Riesgos de nuestro medio de vida . . . . .	88
4. Riesgos para nuestra identidad social . . . . .	97
5. Permanencia e indolencia frente al miedo . . . . .	100
VIII. Guerra y libertad . . . . .	103
1. Guerra, mentira y libertad . . . . .	110
2. La respuesta (jurídicamente) correcta a la guerra . . . . .	138
3. Guerra al narcotráfico y abusos inconstitucionales . . . . .	144
4. La alternativa radical . . . . .	149
IX. Libertad, gobierno y pueblo . . . . .	155
1. Libertad y gobierno . . . . .	155
2. Libertad y pueblo . . . . .	160
X. Libertad, fronteras y migrantes . . . . .	167
1. Fronteras . . . . .	167
2. Migrantes y ciudadanos . . . . .	182
3. Extranjeros . . . . .	202
XI. Libertad y educación . . . . .	211
1. Cultura y campo vital . . . . .	211
2. Cultura y campo moral . . . . .	212
XII. Libertad y tiempo . . . . .	217
La libertad después de Auschwitz . . . . .	220
XIII. Libertad y deberes . . . . .	227
El resurgimiento ético . . . . .	241
Bibliografía . . . . .	245

*La libertad. Dilemas, retos y tensiones*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 21 de agosto de 2008 en Impresión y Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, col. Sta. Ma. Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo Times New Roman en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

## AGRADECIMIENTOS

La redacción de este ensayo ha sido posible gracias a la colaboración entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Deseo agradecer a sus titulares, Héctor Fix-Fierro y José Luis Sobreros Fernández, por la renovada confianza para llevar adelante el proyecto.

Sobre la libertad se pueden hacer grandes, medianas y pequeñas reflexiones; se pueden construir teorías y avanzar hipótesis; se puede revisar su historia y recoger lo que sobre ella han dicho grandes pensadores. Pero nada de eso sustituye la experiencia única e indescriptible de poder vivir en libertad junto a personas a las que admiramos. Para mí ha sido un privilegio poder compartir este tiempo y aprender de personas como Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Perfecto Andrés Ibáñez, Tania Groppi, Jorge Carpizo, Diego Valadés, Héctor Fix-Zamudio, Héctor Fix-Fierro, Enrique Ochoa Reza, Rodolfo Vázquez, Pedro Salazar, Lorenzo Córdova, Juan Antonio Cruz Parceros, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Jorge U. Carmona, César Astudillo, Omar W. López Ovalle y Sergio García Ramírez (mi inolvidable maestro de derecho procesal penal, de quien aprendí la importancia de preservar la libertad frente a las tentaciones de restringirla, que siempre tienen los poderes, todos los poderes).

Finalmente, quiero agradecer a la persona que ha estado más cerca durante todos estos años, cuya paciencia, apoyo y ternura nunca podré terminar de devolverle. A Mónica, que me ha enseñado que vivir en libertad es la única forma en que vale la pena vivir.

## INTRODUCCIÓN. ¿POR QUÉ LA LIBERTAD?

Sobre la libertad se han escrito centenares, acaso miles de libros y artículos. El objetivo de esta nueva aportación no es hacer un repaso de la literatura existente sobre el tema, sino proporcionar un marco de análisis básico, para que seamos capaces de comprender algunos de los problemas y los retos que la libertad debe enfrentar en un mundo como el que tenemos en los primeros años del siglo XXI, un mundo en movimiento (algún autor, como Giddens, lo calificaría quizá como un “mundo desbocado”).<sup>1</sup> Un mundo en donde aparentemente todo es fugitivo, y cuyos moldes parecen reescribirse cada día, cuando asoma en el horizonte una nueva meta qué conquistar, un reto qué enfrentar, un desafío qué derrotar.

Y no solamente la realidad se vuelve “líquida”, para usar la terminología de Zygmunt Bauman, sino también los análisis que de ella se hacen, los cuales tienen que hablar casi siempre en tiempo pasado (a menos que se realicen a través de los medios de comunicación que funcionan en “tiempo real”, como la televisión o el Internet, los cuales permiten una cercanía casi absoluta entre el desarrollo del acontecimiento en cuestión y su narración analítica). Es el propio Bauman quien advierte que “resulta improbable que las formas (sociales), presentes o sólo esbozadas, cuenten con el tiempo suficiente para solidificarse y, dada su

<sup>1</sup> Giddens, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000. La expresión ha sido retomada por Dahrendorf, Ralf, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 33 y ss.

breve esperanza de vida, no pueden servir como marcos de referencia para las acciones humanas y para las estrategias a largo plazo”.<sup>2</sup>

Lo inmediato se termina imponiendo, casi siempre, por encima de lo importante. Estamos presenciando la consolidación, en muchos campos del acontecer social, de lo efímero, y esto incluye al contenido de nuestras libertades y al de los estudios que les dedicamos. Es de nuevo Bauman quien acierta al señalar el estrechamiento de la planificación a largo plazo, dada la velocidad del cambio social y tecnológico que estamos presenciando:

El colapso del pensamiento, de la planificación y de la acción a largo plazo, junto con la desaparición o el debilitamiento de aquellas estructuras sociales que permiten inscribir el pensamiento, la planificación y la acción en una perspectiva a largo plazo, reducen la historia política y las vidas individuales a una serie de proyectos de corto alcance y de episodios que son, en principio, infinitos y que no se combinan en secuencias compatibles con los conceptos de “desarrollo”, “maduración”, “carrera” o “progreso”.<sup>3</sup>

En todo caso, el enfoque elegido para este libro no abarca todos los aspectos desde los que se puede analizar el concepto de la libertad y sus múltiples proyecciones. En las páginas que siguen nos limitaremos a ofrecer algunos esbozos sobre la libertad en el ámbito de la acción política o, mejor dicho, del espacio público, lo que supone la necesidad de ofrecer algunas explicaciones mínimas de carácter filosófico, pero sin perder de vista que

2 Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, México, Tusquets-Conaculta, 2008, p. 7. Del mismo autor, sobre el tema, puede verse *Vida líquida*, Barcelona, Paidós, 2006; en referencia a la “liquidez” de las relaciones afectivas, la cual afecta notablemente a nuestras libertades: Bauman, Zygmunt, *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, México, FCE, 2007.

3 Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, *cit.*, nota anterior, pp. 9 y 10.

de lo que se trata es de ofrecer al lector una explicación susceptible de ser aplicada a la realidad que lo rodea.

En consecuencia con lo anterior, no se analizará la libertad exclusivamente desde el punto de vista de las normas jurídicas que la regulan (o no la regulan, según sea el caso), tema al que le hemos dedicado ya algunas consideraciones generales y particulares en otras oportunidades.<sup>4</sup> El significado de la libertad y sus alcances pasan por el mundo jurídico, pero no comienzan ni terminan en él. Aunque la libertad es un principio jurídico (o juridificado, como se prefiera), lo cierto es que sus fundamentos son prejurídicos.<sup>5</sup> Hay cuestiones filosóficas, económicas, políticas, sociológicas y hasta psicológicas relacionadas con la libertad. De algunas de ellas trata este libro.

El punto central del texto es la observación de los peligros que acechan a la libertad en los tiempos modernos. No se trata de hacer un discurso catastrofista según el cual las libertades han periclitado en nuestro tiempo y nunca volverán a restaurarse. Dicho discurso, si bien tiene aceptación en algunos ámbitos del pensamiento contemporáneo, creo que no refleja en modo alguno nuestra experiencia cotidiana. Más bien al contrario: las generaciones que habitan el siglo XXI tienen como nunca antes la posibilidad de ser libres y de ejercer esa libertad para darle sentido y rumbo a su existencia.

El desarrollo de la tecnología, la ampliación de la escolaridad y de las ofertas educativas, el avance de los medios de comunicación, el acceso a los accesorios que nos hacen más cómoda la cotidianidad, la revolución terapéutica que ha extendido como

<sup>4</sup> Cfr., entre otros escritos, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2006, cap. III; *id.*, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; *id.*, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, TEPJF, 2008; *id.* (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH-Porrúa, 2004.

<sup>5</sup> Morange, Jean, "Liberté", en Alland, Denis y Rials, Stéphane (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF-Lamy, 2003, p. 945.

nunca antes la esperanza de vida, son factores (entre otros muchos) que debemos aquilatar y ponderar en nuestro análisis sobre la libertad. Hay elementos para ser optimistas, dado que nunca como en nuestro tiempo habíamos podido ser realmente libres.

Pero para muchas personas en el planeta esa posibilidad de ser libres queda solamente en eso: en una mera posibilidad. Hay una infinidad de elementos que ponen en riesgo, que ensombrecen, que deterioran o disminuyen tal posibilidad hasta llegar a hacerla insignificante. Que muchas personas puedan ser libres y que un número considerable efectivamente lo sea no debe impulsarnos a bajar la guardia frente a los enormes peligros que ahora rodean a la libertad, que la hacen un bien precioso pero lejano o incluso desconocido para muchas personas. ¿Cuáles son esos peligros?, ¿qué es lo que impide que todos los habitantes del planeta disfruten de la libertad y puedan, en consecuencia, elegir con autonomía sus planes de vida y realizarlos a cabalidad?

Desde luego, intentar contestar con carácter general tales preguntas nos llevaría a formular un sinfín de hipótesis y a tener que abarcar un número amplísimo de planos del acontecer social, los cuales a su vez tendrían que ser analizados de acuerdo a criterios geográficos (¿qué peligros existen en tal u cual región, país, continente, etcétera?), culturales (¿qué peligros son efectivamente tales dentro de una cierta cultura, de acuerdo a su concepción de la libertad?)<sup>6</sup> e incluso temporales (¿cómo se concebía la libertad

<sup>6</sup> Idealmente deberíamos sostener que el concepto de libertad, si está bien construido, tendría que ser aplicable a cualquier ámbito cultural, pero lo cierto es que —más allá de las discusiones conceptuales, en las que en efecto hay un cierto consenso teórico— cada comunidad desarrolla sus propios estándares de libertad. En ejemplos tan banales, como la libertad de fumar o la de conducir sin ponerse el cinturón de seguridad, lo podemos verificar sin mayor problema. En la vida real hay una *configuración cultural de la libertad*, nos guste o no. Otra cosa es que ciertas concepciones tengan que ser aceptadas como deseables, buenas o apropiadas de acuerdo a los ideales que nos suministran los teóricos de la filosofía política o del derecho a través de las teorías de los derechos humanos.

en el siglo XIX?, ¿qué factores contribuyeron a su negación durante el siglo XX?, ¿qué riesgos corre en el siglo XXI? Y así por el estilo).

Lo que creo que se puede razonablemente hacer es intentar darle al lector un mapa conceptual mínimo para comprender qué significado tiene la libertad y cuáles son sus principales manifestaciones, así como poner de manifiesto los riesgos compartidos que se pueden observar en muchas de las sociedades contemporáneas. El deseo consumista, la uniformidad cultural que transmiten y alientan los medios de comunicación, las tentaciones identitarias, los fundamentalismos religiosos, los poderes ilegales que de hecho cercenan los derechos de libertad constitucionalmente establecidos, la baja calidad de la educación, son, entre otros muchos, factores relevantes para cualquier análisis de la libertad en el mundo contemporáneo.

A lo anterior hay que añadir un elemento adicional que conviene considerar desde el principio: la ya mencionada velocidad del cambio social que puede observarse en el mundo del siglo XXI. La forma en que vivimos, los objetos que nos rodean, nuestras preocupaciones cotidianas, la manera en que nos relacionamos dentro y fuera de nuestro ámbito familiar, la representación social de las necesidades y deseos que modulan nuestra conducta, el sombrío espectáculo televisado de la guerra, son factores que demuestran la profundidad del cambio social que se ha producido en las últimas décadas, y que hubiera sido impensable hace muy poco tiempo. Si las generaciones anteriores pudieran ver el mundo moderno, no reconocerían muchas cosas que, para ellos, constituían el marco de referencia de su propia existencia. Todo o casi todo ha cambiado y sigue cambiando. También la libertad.

## I. LIBERTAD-ESCLAVITUD

Arrojados por azar al Occidente del desencanto, hemos venido a este mundo bajo la constelación del privilegio, pues sólo en estas coordenadas espacio-temporales, que hemos bautizado con el nombre de modernidad, ha sido posible elegir entre el riesgo de la libertad y la servidumbre voluntaria.

Paolo FLORES D'ARCAIS

A veces es más fácil captar una idea si la intentamos representar de forma gráfica, a través de un dibujo o de una imagen. Esto sucede con la idea de libertad. El diseñador gráfico que hizo la portada para el libro titulado *Libertad*, del conocido sociólogo Zygmunt Bauman, dio en el clavo.<sup>7</sup> La portada contiene una gran mano pintada de rojo señalando enfáticamente hacia la izquierda. Por debajo de ella un hombre camina, pintado de azul, hacia la derecha. Por supuesto, la libertad no es ir siempre en el sentido contrario de lo que indican los demás. No podemos identificar a la libertad con la oposición permanente frente a todo y frente a todos. Pero sí podemos afirmar que la libertad consiste, al menos, en tener esa *posibilidad*. Es decir, la libertad consiste en que podamos ir hacia la izquierda o hacia la derecha, no porque nos lo indique un líder político, un dirigente religioso o un magnate

<sup>7</sup> Bauman, Zygmunt, *Libertad*, Madrid, Losada, 2007.

sino porque queremos hacerlo. Ni la política ni la religión ni el dinero, deberían decirnos hacia donde ir. O mejor dicho: sí que pueden decirnos hacia dónde hay que ir, pero nosotros debemos tener el derecho de no obedecerlos y, en consecuencia, de ir en la dirección contraria.

Además, la portada también acierta al ilustrar con diferentes colores al hombre de la calle y al poder que le indica la dirección contraria. La mano en color rojo y el hombre vestido de azul. También en eso consiste la libertad: en representar nuestra propia existencia a partir de la cosmovisión que cada uno tenga, sin aceptar las metas que otros consideran buenas, justas o legítimas. Pensar en un color —rojo, verde, azul o amarillo— o en ninguno, e imaginarnos a nosotros mismos como sus portadores, también forma parte de la libertad. No solamente podemos ir en la dirección que consideremos mejor, sino que además podemos hacerlo vestidos de azul.

Por lo tanto, creo que se puede afirmar que intuitivamente la libertad se refiere a un estado personal contrario a la esclavitud; es decir, una persona es considerada libre siempre que no sea un esclavo (o sea, cuando pueda caminar en dirección contraria a la que señala la gran mano roja).

También tiene un cierto sentido distinguir entre quienes son libres y quienes no son ya esclavos pero sí siervos. No es lo mismo la esclavitud que la servidumbre. La primera es una condicionante más intensa respecto a la falta de libertad. Michelangelo Bovero lo explica con los siguientes términos: “De acuerdo con un cierto uso, esclavo y siervo se distinguen entre sí por el hecho de que el esclavo está encadenado y el siervo no; en otras palabras, el esclavo es un siervo encadenado, el siervo es un esclavo sin cadenas... el esclavo es todavía menos libre que el siervo”.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 74.

En una segunda aproximación, se puede decir que la libertad se puede oponer al concepto de poder.<sup>9</sup> De esta forma, será libre quien no esté sujeto a ningún poder, no solamente a ningún poder jurídico, sino a ninguna otra forma de poder, es decir, a cualquier tipo de influencia o determinación de su conducta.<sup>10</sup> Si alguien puede ejercer cualquier tipo de poder sobre nuestra persona, entonces podemos decir que no somos completamente libres.

Que seamos libres, en oposición a que seamos esclavos, significa muchas cosas. Por ejemplo, si una persona es libre para determinar su actuación, entonces podemos afirmar que es responsable de las consecuencias de sus actos. Philippe Pettit afirma: “Un individuo es libre desde el momento en que, con razón, es considerado responsable de algo, según los criterios implícitos en la práctica. Uno es libre, en mi opinión, en la medida en que está capacitado para ser responsable”.<sup>11</sup>

La “capacidad para ser responsable” es un atributo de la personalidad que suele ser definido por las leyes. En los Estados democráticos dicha capacidad se va adquiriendo por etapas y llega a ser completa, por regla general, cuando se alcanza la mayoría de edad. Puede haber limitaciones a la responsabilidad cuando una persona no sea capaz de advertir el significado de sus actos, como sucede con personas que tienen ciertas discapacidades psíquicas o físicas. En ese caso la ley dispone de una serie de mecanismos para proteger de la mejor manera posible los intereses de la persona en cuestión. Para las personas menores de edad también existen modalidades diferentes de la responsabilidad en relación a sus actos (por ejemplo en materia penal, cuando cometen alguna conducta que, si hubiera sido realizada por un adulto, implicaría la comisión de un delito).

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e diritto*, Roma, núm. correspondiente al tercer y cuarto trimestre del 2000, pp. 169 y ss.

<sup>10</sup> Bovero, *Una gramática...*, cit., nota 8, pp. 75 y ss.

<sup>11</sup> Pettit, Philippe, *Una teoría de la libertad*, Madrid, Losada, 2006, p. 35.

Si somos responsables de nuestros actos (al tener la libertad de realizarlos o de no realizarlos), entonces seremos objeto de la calificación moral de los mismos: se calificará la elección de actuar o de no hacerlo, así como la manera en que una eventual actuación tomó forma. Es de nuevo Pettit quien nos advierte que “la capacidad para ser considerado responsable de una cierta elección significa que cualquier cosa que haga el individuo recibirá la más completa censura, en caso de que tal acción sea mala, o la más completa alabanza en caso contrario”.<sup>12</sup>

A partir de lo que ya se ha dicho es posible extraer al menos cuatro consecuencias:

a) la esclavitud es un estado en el que la libertad no es posible; esclavitud y libertad son dos términos que se excluyen;

b) por debajo de la esclavitud, sin que exista todavía libertad en sentido pleno, podemos ubicar a la servidumbre, como una forma atenuada de condicionamiento de la propia libertad por otra persona;

c) si somos libres, entonces somos responsables de nuestros actos. La traducción jurídica y moral de lo que hacemos o dejamos de hacer servirá para que los demás califiquen nuestra conducta; y

d) solamente a partir de la libertad adquieren un significado moral nuestros actos.

Las anteriores cuatro consecuencias son todavía de carácter muy general. Vale la pena profundizar en nuestra indagación conceptual sobre la libertad. Para ello es necesario detenernos en algunas de las formulaciones más conocidas sobre el tema. Comencemos refiriéndonos a la importante distinción que hizo Benjamin Constant entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos.

<sup>12</sup> *Idem.*

## II. LIBERTAD DE LOS ANTIGUOS Y LIBERTAD DE LOS MODERNOS. BENJAMIN CONSTANT

La mayor parte de los análisis teóricos está de acuerdo en distinguir dos formas de libertad: la negativa y la positiva. Esta distinción conceptual parte de las ideas que ya había sostenido Benjamin Constant en 1819, en su conocido ensayo *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*<sup>13</sup> y que luego fueron retomadas por Isaiah Berlin a mediados del siglo XX.<sup>14</sup>

En su famosa conferencia, Constant distingue la libertad de los modernos de la libertad de los antiguos. Para los modernos la libertad sería:<sup>15</sup>

El derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea sim-

<sup>13</sup> Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989, pp. 257-285.

<sup>14</sup> “Dos ensayos sobre la libertad”, en Berlin, Isaiah, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004. El texto fue publicado originalmente en 1958.

<sup>15</sup> Constant, “De la libertad de los antiguos...”, *cit.*, nota 13, pp. 259 y 260.

plemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. Es, en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración.

La libertad de los antiguos consistía, según Constant:<sup>16</sup>

En ejercer de forma colectiva pero directa, diversos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerlos comparecer ante todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles; pero a la vez que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto... Todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia; nada se dejaba a la independencia individual, ni en relación con las opiniones, ni con la industria, ni, sobre todo, con la religión.

La distinción de Constant parece basarse en la libertad dentro de las actividades privadas (comunicarse, reunirse, no poder ser arrestado, elegir el propio trabajo, poder usar la propiedad, etcétera) y dentro de las actividades públicas; la primera corresponde a “los modernos” y la segunda a “los antiguos”. Para citar sus palabras, “nosotros (los modernos) ya no podemos disfrutar de la libertad de los antiguos, que consistía en la participación activa y continúa en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de la independencia privada”.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 267 y 268.

Lo que me parece que pone de manifiesto el criterio de Constant es, en primer lugar, que la democracia y los derechos fundamentales no nacieron de forma simultánea. Si se observa con detenimiento, veremos que el contenido de la “libertad de los antiguos”, según Constant, se asemeja mucho a varios de los derechos, actividades y actitudes que ahora asociamos con la democracia, entendida en sentido amplio como la participación de la mayor parte de una colectividad en los asuntos de interés general. Por su parte, la “libertad de los modernos” conforma la primera esfera —en sentido histórico— de lo que conocemos como derechos fundamentales (los derechos de libertad). Esa división entre derechos y democracia no es gratuita y tiene una explicación no solamente histórica sino también axiológica, y desde luego política.

La democracia, que habían conocido siglos atrás los griegos en sus pequeñas ciudades-Estado, no existió para el constitucionalismo sino hasta bien entrado el siglo XX (basta recordar que países considerados ahora como inequívocamente democráticos, no reconocieron el derecho de la mujer al voto sino hasta hace pocas décadas, y que Estados Unidos tuvo que pasar por una guerra civil para reconocer que las personas afroamericanas eran sujetos y no objetos del ordenamiento jurídico). En muchos aspectos, la tensión entre democracia y derechos fundamentales sigue viva en casi todos los países en donde ambos extremos son cultivados con algo de seriedad. De hecho, en términos incluso todavía más generales, existe una tensión importante entre el constitucionalismo (que ampara y protege a la libertad a través de los derechos fundamentales) y la democracia.<sup>18</sup> No es posible detenernos ahora a explicar los componentes de dicha tensión, pero sí que vale la pena apuntarla, pues guarda estrecha relación

<sup>18</sup> Véase la completa explicación que sobre el tema nos ofrece Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.

con la visión de Constant sobre el contenido de la libertad de los antiguos.

Ahora bien, aunque pueda parecer que bajo la óptica de Constant una cosa serían los derechos de libertad entendidos como derechos destinados a tutelar una esfera privada en favor de los particulares y en contra del Estado, y otra cuestión distinta serían los derechos de participación política (equivalente moderno a la “libertad de los antiguos” para Constant), lo cierto es que al final de su texto, el autor parece intentar reunir ambos conceptos a fin de que se refuercen mutuamente. Lo hace cuando se refiere a los peligros que amenazan a ambos tipos de libertad.

En este contexto, Constant sostiene que “el peligro de la libertad antigua consistía en que los hombres, atentos únicamente a asegurarse la participación en el poder social, despreciaran los derechos y los placeres individuales”;<sup>19</sup> por su parte, “el peligro de la libertad moderna consiste en que, absorbidos por el disfrute de nuestra independencia privada y por la búsqueda de nuestros intereses particulares, renunciemos con demasiada facilidad a nuestro derecho de participación en el poder político”.<sup>20</sup>

¿Cómo evitar éste último riesgo? Constant ofrece como solución la democracia representativa; ya que el ejercicio de la libertad de los modernos requiere tiempo para poder dedicarse a los asuntos privados, entonces será necesario que alguien se encargue de los asuntos públicos; como dice nuestro autor:

El sistema representativo no es otra cosa que una organización que ayuda a una nación a descargar en algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer por sí misma... El sistema representativo es un poder otorgado a un determinado número de personas por la masa del pueblo, que quiere que sus intereses sean defendi-

<sup>19</sup> Constant, “De la libertad de los antiguos...”, *cit.*, nota 13, p. 282.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 282 y 283.

dos, y que sin embargo no tiene tiempo de defenderlos siempre por sí misma.<sup>21</sup>

El poder entregado a los representantes no era absoluto, como en las antiguas monarquías, sino que requería, según Constant, que los pueblos ejercieran “una vigilancia activa y constante sobre sus representantes”, de forma que se reserven “en periodos que no estén separados por intervalos demasiado largos, el derecho de apartarles si se han equivocado y de revocarles los poderes de los que hayan abusado”.<sup>22</sup>

Como puede verse, los conceptos de Constant no solamente son importantes como herramientas para ayudarnos a comprender el concepto de libertad y sus distintas variantes, sino que además son de gran actualidad.

Constant llama la atención sobre el adecuado equilibrio que debe existir entre vida pública y vida privada, o, como él lo dice, entre los “placeres privados” y la “participación en el poder político”. Para la libertad contemporánea, este equilibrio es esencial y se puede manifestar —para bien y para mal— en distintos aspectos. Respecto del retiro de las personas de la vida pública, podemos constatar, entre otros, al menos dos fenómenos preocupantes para la libertad: el alto abstencionismo electoral y cívico, por un lado, y el refugio en actitudes consumistas (propias de la esfera privada de la vida), por otra parte.

En efecto, en el mundo moderno, el mundo del siglo XXI, se ha producido un tránsito cuando menos paradójico en los escenarios de la participación política: cuanto más se han ensanchado esos escenarios (a través de la universalización del sufragio activo), tanto más se han multiplicado las actitudes displicentes o claramente abstencionistas por parte de los votantes.

La participación política no está muy bien considerada: quien milita en un partido o en un sindicato es visto con sospecha por

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 281 y 282.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 282.

sus amigos y vecinos. No solamente la militancia, sino las instituciones mismas que caracterizan a la participación política han sido puestas en cuestión, incluyendo a la representación política mencionada por Constant.<sup>23</sup> El caso de Estados Unidos es muy sintomático: a partir de la década de 1960, se ha producido un constante aumento de la abstención electoral, tanto en las elecciones federales como en las locales. Menos del 50% de los posibles votantes decidieron en 1996 acudir a las urnas para votar por Bill Clinton, Ross Perot o Robert Dole.<sup>24</sup> En México, la participación electoral no suele rebasar el 50% de los inscritos en el padrón, sobre todo tratándose de elecciones locales.

Los estudios sociológicos demuestran además que las personas que se suelen abstener de votar en las elecciones también tienen menor predisposición a cooperar con los demás en temas distintos de los electorales. Robert Putnam apunta lo siguiente:

Frente al sector demográficamente equiparable a los no votantes, los votantes tienden más a interesarse por la política, hacer donativos de caridad, practicar el voluntariado, formar parte de los jurados, asistir a las reuniones del consejo escolar, participar en manifestaciones públicas y cooperar con sus conciudadanos o en asuntos comunitarios.<sup>25</sup>

No se trata, por tanto, de que la abstención afecte solamente a la tasa de votantes, sino que se proyecta en múltiples manifestaciones de la vida comunitaria.

Pero los problemas de la “esfera pública” no se agotan en el tema de los instrumentos de la representación política, sino que

<sup>23</sup> Véase el debate sobre la representación recogido en Carbonell, Miguel (comp.), *Representación y democracia: un debate contemporáneo*, México, TEPJF, 2005.

<sup>24</sup> Putnam, Robert D., *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Madrid, Galaxia Gutemberg-Círculo de lectores, 2002, p. 34.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 38.

incluyen todas las formas de “activismo cívico” y de colaboración con extraños. En los países en los que se han realizado los estudios pertinentes para medir la participación asociativa de las personas, se ha constatado una disminución no solamente importante, sino constante a partir de la Segunda Guerra Mundial. Todo parece indicar que las personas prefieren privilegiar la experiencia privada, los quehaceres familiares y lúdicos, antes que el intercambio de esfuerzos y experiencias con personas que no pertenecen al núcleo familiar.

Son muchas las causas de este “retorno a la privacidad”, pero una de ellas —identificada en otros países— sin duda que existe y se manifiesta en México: la menor confianza hacia los demás. En Estados Unidos, Robert Putnam ha documentado que, para 1996, solamente el 8% de los encuestados decía que la honradez y la integridad de sus compatriotas estaban mejorando, contra un 50% que pensaba que se estaban convirtiendo en personas menos dignas de confianza.<sup>26</sup> ¿Cómo podemos participar en iniciativas comunitarias, en asociaciones cívicas, si no confiamos en los demás?, ¿cómo no vamos a preferir recluarnos en la esfera privada, si vemos en nuestros vecinos a potenciales agresores contra nuestros derechos?

Veamos más datos, e imaginemos qué resultados obtendríamos si los intentáramos aplicar a países de América Latina. En Estados Unidos, el interés por lo político disminuyó en un 20% entre 1975 y 1999.<sup>27</sup> El número de lectores de diarios entre la gente de menos de 35 años cayó de dos tercios en 1965 a un tercio en 1990 (y la proporción seguramente ha disminuido desde entonces, como efecto del Internet, los *chats* y los *blogs*), y en ese grupo de edad solamente el 41% de los encuestados afirma ver noticieros televisivos.<sup>28</sup> Las personas que aspiran a un cargo público

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 41.

en los distintos niveles del gobierno estadounidense se redujeron en un 15% en los últimos veinte años, de modo que los ciudadanos de ese país han perdido la posibilidad de elegir a 250 mil personas como sus representantes.<sup>29</sup> Entre 1973 y 1994, el número de estadounidenses que asistieron a una asamblea pública sobre asuntos municipales disminuyó en un 40%.<sup>30</sup> En ese mismo periodo de 20 años, el número de miembros de “algún club interesado en mejorar la administración” se redujo en un 33%.<sup>31</sup>

Para un país del tamaño y de la importancia de los Estados Unidos, estas cifras son apabullantes. Putnam lo sintetiza con un dato impresionante: cada punto porcentual de los aspectos que se han citado, supone anualmente 2 millones de ciudadanos menos que participan y están comprometidos con algún aspecto de la vida comunitaria, de tal suerte que se tienen 16 millones menos de personas participando en asambleas públicas sobre asuntos locales, 8 millones menos de personas participando en comités cívicos y organizaciones de base, así como 3 millones de personas menos trabajando en asociaciones para mejorar la administración.<sup>32</sup> Una enorme sangría cívica, sin duda.

Pero hay una cifra, de entre las muchas que cita Putnam, que es muy reveladora: mientras que la participación como votantes y como miembros de los partidos políticos ha disminuido, ha aumentado de modo significativo el dinero recaudado y gastado en las campañas políticas. En 1964 se gastaron en las campañas electorales 35 millones de dólares, pero esa cifra alcanzó los 600 millones de dólares para 1996, y seguramente ha seguido subiendo desde entonces. ¿por qué se deja de participar personalmente en los partidos, y sin embargo se les da más dinero?

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>32</sup> *Idem*.

La hipótesis de Putnam es que se sustituye el tiempo por el dinero (no es difícil trazar líneas paralelas con el proceso de educación y de cuidado de los hijos, sobre todo en las sociedades más opulentas del planeta, en las que los miembros adultos del núcleo familiar se han incorporado al mercado de trabajo, y los niños reciben poco tiempo y poca atención de sus padres, quienes en una especie de fenómeno compensatorio, prefieren proporcionarles juguetes y distracciones que se pueden comprar con dinero).

Putnam lo explica con las siguientes palabras: “A medida que el dinero sustituye al tiempo, la participación en política se basa cada vez más en el talonario de cheques. La afiliación a clubes políticos se redujo a la mitad entre 1967 y 1987, mientras que la proporción de público que contribuyó económicamente a una campaña política llegó casi a doblarse”.<sup>33</sup>

Y un dato final que nos debería poner a pensar: la disminución más drástica en la participación cívica se produjo entre las personas con mayor formación académica.<sup>34</sup> Esto puede resultar sorprendente, pues podría razonablemente suponerse que a mayor formación académica mayor disposición a integrarse en asuntos públicos, y a asumir un punto de vista protagónico, y no el de un mero espectador. Los datos, sin embargo, demuestran lo contrario, y nos permiten aventurar la hipótesis de que hace falta algo más que formación académica. El haber pasado por un aula universitaria no garantiza en modo alguno ciertos niveles de compromiso cívico.

De forma casi proporcional, la disminución de la participación política y del compromiso cívico se ha correspondido con un aumento del papel de consumidores de las personas. Las “necesidades” de consumo se han multiplicado hasta el infinito, y ahora abarcan no solamente una parte muy significativa del presupuesto individual y familiar, sino también nuestro tiempo y nuestros

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 55.

ideales de vida. Lipovetsky apunta que la fiebre del confort desatada por el consumismo “ha sustituido a las pasiones nacionalistas y las diversiones a la revolución”.<sup>35</sup> La oferta de productos a nuestro alcance se ha multiplicado hasta el infinito. Los responsables del *marketing* han sabido crear un escenario en el que todos somos consumidores, y lo ideal es que lo seamos durante la mayor parte de nuestro tiempo. Cada grupo de edad y cada experiencia vital pueden ser reconducidos hasta la lógica consumista, y encontrar una necesidad por satisfacer, de forma continúa. El consumismo ha dejado de ser una fuente de satisfacción de necesidades vitales para pasar a formar parte de nuestra identidad psicológica y de nuestro estilo de vida.

Es momento de volver a Constant, y preguntarnos en qué ha quedado, a principios del siglo XXI, su advertencia del peligro que corría la libertad de los modernos si renunciábamos con facilidad a nuestro derecho de participar en política. Los datos anteriores, con las precauciones que deberíamos tomar al extrapolarlos a América Latina, no nos permitirían ser muy optimistas. Pero para eso sirve volver a los clásicos: para comprender, desde un mirador contemporáneo, lo que ellos anunciaron hace siglos, para poner a prueba un pensamiento que en su momento fue visionario, y que sigue conservando en buena medida su vigor, su fuerza y sus enseñanzas. La distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, así como sus consecuencias, continúan siendo de enorme interés para comprender la libertad en el siglo XXI.

Pasemos ahora al análisis del pensamiento de otro autor clásico que también tiene mucho que aportar a nuestro tema: John Stuart Mill, quien posiblemente puede ser calificado como el padre del liberalismo moderno.

<sup>35</sup> Lipovetsky, Gilles, *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*, Barcelona, Anagrama, 2007, p. 7.

### III. LIBERTAD Y PRINCIPIO DE DAÑO. JOHN STUART MILL

Otro autor clásico para el tema de la libertad es John Stuart Mill. Mill, que es citado como un ejemplo de intelectual formado desde su más tierna infancia en los más elevados vericuetos del pensamiento,<sup>36</sup> escribió en la última parte de su prolífica vida un pequeño ensayo que hizo fortuna, y que se ha convertido en una referencia obligada para nuestro tema. El título de su ensayo es *Sobre la libertad*, publicado originalmente en 1859. Se trata de lo que podríamos calificar como la versión liberal estándar, desde la cual podemos asomarnos al concepto de libertad y sus implicaciones.

Al inicio de su ensayo, Mill define muy bien su objetivo: analizar la libertad “social o civil”, para lo cual se propone indagar “la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo”, lo cual representa “la cuestión vital del porvenir”.<sup>37</sup> Aunque Mill apunta que se trata de una cuestión que raramente se ha planteado con anterioridad, su exposición más bien parece reflejar las preocupaciones del pensamiento de la Ilustración que está en la base histórica del surgimiento del Estado constitucional. Ya Montesquieu había apunta-

<sup>36</sup> Berlin recuerda que Mill “a los cinco años sabía griego; a los nueve álgebra y latín... John Mill poseía, al cumplir los doce años, los conocimientos de un hombre de treinta, excepcionalmente erudito”. Véase Berlin, Isaiah, *Sobre la...*, cit., nota 14, p. 259.

<sup>37</sup> Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997, p. 81.

do en *El espíritu de las leyes* la necesidad de dividir al poder “para preservar la libertad”. Y algo muy parecido puede encontrarse en las motivaciones que dan lugar a la promulgación de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.<sup>38</sup> Toda la lucha contra el Estado feudal fue una lucha por imponer límites al poder de intromisión del Estado en la vida de los particulares.

El constitucionalismo fue la respuesta de la razón ilustrada a los excesos del poder despótico. Mill lo reconoce desde el inicio

<sup>38</sup> La bibliografía sobre la Declaración, que es uno de los textos más importantes en la historia de la humanidad, es inabarcable; para una primera aproximación, quizá sean de interés las siguientes referencias: Bluche, Frédéric *et al.*, *La Révolution française*, 6a. ed., París, PUF, 2003; Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y est. preliminar de Adolfo Posada, est. introd. de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003; Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH, 2005; Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. y presen. de Pablo Pérez Tremps, Madrid, CEC, 1996; Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, FCE-CNDH, 1999; García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994; García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. III; González Amuchástegui, Jesús (comp.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984; Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998; Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. III; Troper, Michel y Jaume, Lucien (dirs.), *1789 et l’invention de la Constitution*, París, LGDJ, 1994; varios autores, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, París, Economica, 1993; Wachsmann, Patrick, “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, en Alland, Denis y Rials, Stéphane (dirs.), *op. cit.*, nota 5; Carbonell, Miguel, “Notas sobre el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, en varios autores, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II, pp. 149-166.

de su ensayo cuando apunta que en el mundo antiguo (aunque utiliza estas palabras, en realidad creo que debe referirse al siglo XVIII):

El fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad. Se intentaba de dos maneras: primera, obteniendo el reconocimiento de ciertas inmunidades llamadas libertades o derechos políticos, que el gobierno no podía infringir sin quebrantar sus deberes, y cuya infracción, de realizarse, llegaba a justificar una resistencia individual y hasta una rebelión general. Un segundo posterior expediente fue el establecimiento de frenos constitucionales, mediante los cuales el consentimiento de la comunidad o de un cierto grupo que se suponía el representante de sus intereses era condición necesaria para algunos de los actos más importantes del poder gobernante.<sup>39</sup>

En realidad Mill se refiere en su primera opción a los derechos fundamentales, entendidos sobre todo como derechos de libertad o “derechos-defensa” frente al Estado (no todavía como derechos a prestaciones o derechos sociales). En su segunda opción Mill parece vincular los “frenos constitucionales” con la representación política, lo que en rigor no queda muy claro. Lo importante es destacar la identificación, así sea general, que hace Mill del Estado constitucional como forma de proteger la libertad.

Quizá lo que sí resulta un tanto novedoso del pensamiento de Mill es la identificación de la sociedad como factor de opresión. Es decir, no se trataría solamente de limitar a los poderes públicos, sino también a los poderes privados que pueden interferir ilegítimamente en nuestras libertades. La sociedad puede ser una jaula opresora tan fantástica como cualquier tiranía. Hay algunas

<sup>39</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, pp. 82 y 83.

frases de Mill que ilustran muy bien su pensamiento en este punto, y que son de gran interés para la comprensión contemporánea de la libertad. Dice Mill:

El pueblo, por consiguiente, *puede* desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier otro abuso del Poder... (la tiranía social es) más formidable que muchas de las opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios para escapar de ella, pues penetra mucho más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma. Por esto no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión y sentimientos prevalentes; contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos de las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si fuera posible, a impedir la formación de individualidades originales y obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio.<sup>40</sup>

Hay muchas reflexiones que pueden desprenderse de esas palabras. Algunos analistas de la vida de Mill han señalado que sus afirmaciones fueron motivadas por la experiencia de su propio recorrido vital y, en concreto, por el hecho de haber vivido una larga relación pública con una mujer casada (Harriet Taylor), lo cual en el ambiente de la Inglaterra del siglo XIX le debe haber supuesto un alto costo social. La relación con Harriet Taylor (a quien Mill le hace una efusiva y quizá exagerada dedicatoria al inicio de *Sobre la libertad*) le supuso a nuestro autor diversas afectaciones personales, pues lo llevó a romper con muchos de sus amigos y a recluírse en una vida exclusivamente privada, al grado de que los últimos años de su existencia —cuando finalmente se puede casar con Harriet Taylor a la muerte del marido de ésta— abandona Inglaterra y se va a vivir a Francia. Se trata,

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 86 y 87.

como quiera que sea, de un buen ejemplo sobre la manera en que las experiencias biográficas tienen repercusión en el trabajo teórico de los más grandes pensadores (y también de los no tan grandes, sin duda).

Otra reflexión que podemos hacer, a partir de las frases que transcribimos, se refiere a la enorme influencia de los poderes privados. Como lo veremos con algún detalle más adelante, ahora los peligros de la libertad no provienen solamente de los poderes públicos. Todavía más: no provienen ni siquiera *principalmente* de los poderes públicos. Puestos a ver la forma en que se nos “obliga” a seguir ciertas pautas (sociales, profesionales, políticas, económicas, familiares, etcétera), no es difícil llegar a la conclusión de que los mayores riesgos para la libertad vienen de los propios particulares, cuando ejercen eso que Mill no dudaba en calificar como “tiranía de la opinión y sentimiento prevalecientes” en una sociedad.

Para los juristas, el tema reviste un especial interés porque los obliga a tener que repensar algunas de las premisas con las que se ha trabajado en la ciencia del derecho desde hace más de 200 años. En particular, para quienes se dedican al derecho constitucional, las advertencias de Mill suscitan muchas reflexiones sobre la manera en que se puede limitar y/o controlar a los poderes privados, de tal forma que no puedan coaccionar a las personas e impedirles el ejercicio de las libertades. Mill advierte en su texto la importancia de llevar a cabo este ejercicio de limitación y control cuando señala lo siguiente: “Hay un límite a la intervención legítima de la opinión colectiva en la independencia individual: encontrarlo y defenderlo contra toda invasión es tan indispensable a una buena condición de los asuntos humanos como la protección contra el despotismo político”.<sup>41</sup>

Aunque se trata de una advertencia lanzada desde la segunda mitad del siglo XIX, no es sino hasta bien avanzado el siglo XX

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 87.

cuando las lentas estructuras jurídicas comienzan a percibir el tamaño del reto consistente en controlar a los “poderes privados”. En 1958, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emite una muy conocida sentencia (la del famoso caso “Lüth”) en la que de forma pionera expone la necesidad de preservar los derechos fundamentales en la esfera de relaciones de los particulares.<sup>42</sup> De esta manera se inicia una larga marcha que exige modificaciones profundas de las concepciones constitucionales clásicas. Los derechos fundamentales amplían su esfera de tutela y se dirigen a regir no solamente las relaciones entre autoridades y particulares (propia del derecho constitucional y del derecho administrativo) sino también las que se llevan a cabo entre meros particulares (propia del derecho civil, mercantil y, durante muchos años, laboral). En el siglo XXI esta lucha continúa y se ha hecho más intensa en la medida en que los poderes privados (calificados bajo ciertas modalidades por Ferrajoli como “poderes salvajes”)<sup>43</sup> se

42 Un análisis del caso, y del debate que suscitó posteriormente en la dogmática constitucional alemana, puede verse en Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 68 y ss. Los pasajes más importantes de la sentencia se encuentran en traducción al español en la obra de Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación K. Adenauer, 2003, pp. 133-137. El origen del caso se encuentra en la exhortación que un particular hizo para que el público boicoteara una película realizada por otro particular. El primero de ellos fue demandado civilmente y condenado por los tribunales ordinarios. Al conocer del recurso extraordinario, el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución alemana “no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral”; por el contrario, el orden de valores que impone la Constitución, el cual “encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, *debe ser válido para todas las esferas del derecho*; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él”.

43 Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en Carbonell, M. *et al.* (coords.), *Estrate-*

han vuelto más influyentes, haciendo sombra, ridiculizando y re-basando en muchos aspectos a los poderes públicos.<sup>44</sup>

Quizá la mayor aportación (al menos una de las más citadas) de John Stuart Mill a la comprensión de los alcances de la libertad y a la definición de las fronteras entre libertad y dominio (sea público o privado), consiste en su clásica enunciación del llamado “principio de daño”. Este principio se basa en la idea de que deberíamos poder hacer —sin interferencias o coacciones— todo aquello que no dañe a otros. Las palabras de Mill, que según su autor intentan explicar “un principio muy sencillo que debe gobernar absolutamente la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que suponga imposición o control”, son las siguientes:<sup>45</sup>

Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. *Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros.* Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de ha-

*gias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 99-110.

<sup>44</sup> La bibliografía sobre este tema ha ido aumentando en los años recientes, sobre todo en el ámbito de habla hispana (en otras lenguas hay aportaciones anteriores). A modo de textos representativos y muy destacados pueden citarse los siguientes: Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 42; Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004.

<sup>45</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, pp. 94 y 95.

cerlo, porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirle o suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro. *La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás*. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.

Son innumerables las consecuencias que se pueden extraer de este principio, en casi todos los ámbitos de la vida humana. El derecho, la política, la economía, la sociología y quizá hasta la historia pueden ser entendidos y desarrollados de muy distinta forma si tomamos como punto de partida la frase de Mill sobre el principio de daño.

Su utilidad consiste, entre otras cuestiones, en señalar una frontera intraspasable para los poderes públicos y para los poderes privados: la que concierne al cuerpo de las personas y a los actos humanos que no trasciendan hacia la esfera jurídica o moral de los demás. Esa frontera es la que señala, en un primer momento, hasta dónde pueden llegar las reglas del derecho o de la ética. La soberanía sobre el propio cuerpo se proyecta en una serie de cuestiones tan dispares como el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, los tatuajes, las prácticas sexuales, etcétera.<sup>46</sup> Para José Luis Gómez Colomer, “el principio de daño cumple la función de proveer un criterio para el ejercicio del poder del Estado, y delimitar el alcance y los límites del derecho, criterio que autoriza a prohibir y castigar acciones como el asesi-

<sup>46</sup> Muchas de estas cuestiones han sido explicadas, partiendo del talento del más destacado liberal que ha conocido la ciencia jurídica de América Latina, en Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.

nato, la violación o el robo solamente porque, y en la medida en que, causan daño a otros”.<sup>47</sup>

Es de nuevo Gómez Colomer quien acierta al señalar que:

La fortuna del texto de Mill no deriva sólo del atractivo que para muchos representa su defensa radical de la individualidad frente a las presiones autoritarias o grupales hacia el conformismo y la uniformidad, sino de su capacidad para condensar algunos de los elementos, argumentos y problemas centrales de la cuestión que aborda en pocas y decisivas palabras que, en buena medida, son todavía las nuestras.<sup>48</sup>

El análisis sobre el principio de daño puede hacerse tomando como punto de partida diversas perspectivas. En este momento me interesa centrar la discusión en dos de ellas, que en parte se encuentran relacionadas:

a) La primera tiene que ver con la pregunta acerca de la posibilidad de imponer límites a la libertad para proteger al individuo frente a ciertos riesgos objetivos. Por ejemplo, si sabemos científicamente que fumar cigarrillos es perjudicial para la salud, ¿podemos imponerle a una persona, por la vía que sea, la prohibición de fumar? En otras palabras: ¿cuándo y de qué manera se justifican las medidas de protección al individuo, incluso sobre conductas que solamente lo perjudican a él?

b) La segunda se refiere a una cuestión un tanto específica dentro de la teoría del derecho y, en particular, dentro de la teoría del derecho penal: ¿cómo determinar qué conductas causan daño a otros, para efecto de institucionalizar su prohibición por medio de las normas penales? Es decir, ¿qué acciones humanas se pueden considerar como conductas lesivas, y que por tanto

<sup>47</sup> Gómez Colomer, José Luis, “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en Díaz, Elías e *id.* (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, p. 183.

<sup>48</sup> *Idem.*

caen fuera del ámbito de libertad protegido por la lógica del “principio de daño” de Mill?

La primera perspectiva nos conduce a la discusión sobre el llamado “paternalismo”, sea jurídico o sea moral, mientras que la segunda nos encamina hacia el principio de lesividad que ha sido estudiado con profusión por los teóricos del derecho y por los especialistas en derecho penal.

Antes de pasar a los breves comentarios que se verterán sobre ambos asuntos, es conveniente apuntar al menos una de las críticas que se le hacen al principio de daño tal como lo entiende Mill. La noción de “daño”, se dice, es un concepto que no se puede definir *a priori*, sino que requiere de una fundamentación o justificación.<sup>49</sup> ¿cuándo y por qué entendemos que cierta conducta causa un daño?

La fundamentación o justificación del daño debe partir de concepciones morales, por lo que se corre el riesgo de devolver la pelota al campo de la moral social predominante, que es precisamente de lo que quería escapar Mill. En principio, podríamos salvar en parte este problema aceptando que el daño debe ser un daño “jurídicamente” determinado, lo que excluye la posibilidad de entender como causante de daño a conductas contrarias simplemente a convicciones morales o religiosas (el concepto de delito excluye a la calificación, como tales, de los pecados, por mencionar un ejemplo).

Otra observación crítica que se le hace al principio de daño es que se centra solamente en el valor de la individualidad (o de la autonomía), cuando pueden existir otros valores social e individualmente relevantes que justifiquen una limitación de aquella. Por ejemplo, la felicidad individual o colectiva, la protección de la fe religiosa, etcétera. La respuesta a estos argumentos es relativamente sencilla, aunque quizá un tanto autorreferente: la protección de la individualidad y de la autonomía viene antes sencii-

<sup>49</sup> Una discusión más amplia sobre este punto puede verse en *ibidem*, pp. 184 y 185.

llamente porque sin ellas no es posible aspirar a construir, desde la libertad y con justicia, ningún otro tipo de valores. Sin autonomía personal no puede existir una verdadera profesión de la fe, ni hay mucho margen para encontrar la felicidad, la cual no puede ser impuesta por terceros, sino perseguida tenaz e indefectiblemente por cada persona en lo individual, a partir de existencias y experiencias únicas e irrepetibles.

### 1. *Paternalismo*

Para el liberalismo, a partir de los postulados de Mill, la autonomía de la persona entendida como valor socialmente compartido no puede permitir que el Estado determine cuáles son las formas de vida que merecen la pena y cuáles no.<sup>50</sup> Pero, ¿lo anterior significa que el Estado debe respetar *cualquier* plan de vida? Incluso los ultraliberales aceptan que el Estado puede limitar la libertad a través de normas jurídicas, partiendo de la base o tomando en cuenta el principio de daño al que ya hemos hecho referencia: somos libres para llevar a cabo una conducta, siempre que esa conducta no dañe a los demás; de hecho, el principio de daño tendría que estar en la cúspide del ordenamiento jurídico, de forma tal que rigiera la actuación de todos los poderes constituidos y el contenido de todas las normas infraconstitucionales. Carlos S. Nino explica la adopción en el ámbito constitucional del principio de daño, como criterio rector para limitar la autonomía con las siguientes palabras:

Una Constitución tiene por fin institucionalizar la deliberación pública por medio de la cual la respectiva sociedad establece los principios morales intersubjetivos sobre la base de los cuales deben resolverse los conflictos entre sus miembros y organizarse su cooperación. Dado que la deliberación pública está basada en el

<sup>50</sup> Rosenkrantz, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en varios autores, *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992, p. 13.

valor de la autonomía, él debe ser reconocido por tal Constitución. El reconocimiento debe comprender el carácter irrestricto del valor de la libre elección de ideales personales y planes de vida, lo que implica la adopción del principio de daño, según el cual una acción no puede ser interferida por el Estado o por otros individuos si no causa daño a terceros. También la Constitución debe reconocer el valor de la individualidad, que no está sujeta a grados ni, por supuesto, a ninguna propiedad empírica (raza, nacionalidad, sexo) o valorativa (religión, ideología) que no fundamente la identidad de los seres humanos, y que implica que no hay razón para restringir la autonomía de un individuo en beneficio de una mayor autonomía de otro individuo. Asimismo, la posibilidad de que haya normas justificadas que hagan del consentimiento de los individuos una condición de consecuencias restrictivas de la propia autonomía debe ser reconocida por la Constitución.<sup>51</sup>

El principio de daño, como ya se apuntaba, está lejos de ser claro cuando se le quiere aplicar a un sinnúmero de conductas concretas, como lo demuestra la historia reciente. ¿Qué sucede cuando aplicamos el principio de daño al consumo de estupefacientes, a las relaciones sexuales o a las decisiones sobre la propia vestimenta? La historia nos ofrece ejemplos que cómo una mala comprensión o una utilización deliberadamente torcida del principio de daño ha tenido efectos devastadores para la libertad, incluso en países democráticos. Pongamos algunos ejemplos.

En 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia en la que afirmaba la constitucionalidad (es decir, la corrección moral desde la óptica de la Constitución) de una ley local que sancionaba con pena de prisión las relaciones homosexuales entre varones, incluso si se celebraban de común acuerdo, en privado y entre personas mayores de edad (se trata del caso

<sup>51</sup> Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, en varios autores, *op. cit.*, nota anterior, p. 79.

*Bowers vs. Hardwick*).<sup>52</sup> Todavía en la actualidad existen leyes estatales en Estados Unidos que castigan con penas de prisión las relaciones sexuales por vía anal.<sup>53</sup> En el mismo país, sin embargo, la Corte ha extendido de manera muy amplia el derecho a la intimidad para proteger la decisión de la mujer de tomar anticonceptivos o incluso para que mujeres menores de edad pudieran realizarse una interrupción voluntaria del embarazo sin el consentimiento de los padres.<sup>54</sup> Lo que ponen de manifiesto ambos extremos es la gran dificultad para proceder a la regulación de la libertad, y la variabilidad que el ámbito de la autonomía personal puede tener, incluso dentro de un mismo país.

Pero además, en el caso de la prohibición de las relaciones homosexuales, se demuestra que la imposición social (con el auxilio del derecho) de cierta moral sexual es completamente inapropiada desde un punto de vista liberal. En una sociedad democrática, las personas cuentan con la libertad de tener sus propios conceptos acerca de la moral sexual y de conducirse conforme a ella; lo que no pueden hacer es imponerles esa moral a los demás. Las libertades del Estado constitucional le permiten a cualquier persona pensar, actuar y hablar en contra de ciertas conductas, las cuales puede considerar como ofensivas o degradantes, pero los demás son libres de escucharla o de seguir cami-

<sup>52</sup> Para una primera aproximación al caso, Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 230 y ss. Véase, también, Carbonell, Miguel, “*Bowers vs. Hardwick*: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 119, mayo de 2005, pp. 33-35.

<sup>53</sup> Un análisis muy completo del contexto de estas leyes y de sus efectos puede verse en Eskridge, William, *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America 1861-2003*, Nueva York, Penguin, 2008.

<sup>54</sup> Véase la exposición que hace Tribe, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York-Londres, Norton and Company, 1992, así como la aproximación más filosófica de Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.

nando, y desde luego, son libres de comportarse —respecto de su intimidad— como mejor lo prefieran.

Ahora bien, ya que se acaba de mencionar el tema de la intimidad, como espacio resguardado de la mirada de los demás dentro del cual nos podemos sentir más libres, cabe al menos apuntar que la teoría feminista ha dirigido una fuerte crítica hacia las versiones más “libertarias” sobre su alcance. Para algunas teóricas del feminismo, sobre todo en el ámbito de la academia estadounidense, el dejar la acción íntima libre de toda regulación, lo que en realidad produce no es una esfera de mayor libertad, sino simplemente el predominio del más fuerte, que suele ser el hombre.

En el caso de la regulación legislativa del aborto, algunas teóricas del feminismo —como la reconocida profesora de Harvard, Catherine MacKinnon— argumentan que dejar el tema a la intimidad de las parejas, supone darle un enorme poder al hombre sobre el cuerpo de la mujer.<sup>55</sup> pero al mismo tiempo, el dejar sin regulación alguna al aborto, supone que el gobierno se desentiende de la obligación que tiene de velar por la salud de las mujeres, obligación que comprende todo el apoyo que el Estado pueda prestar para que las mujeres aborten en condiciones higiénicas y de buena práctica médica; es decir, el Estado no puede considerar que con el simple reenvío al ámbito de la intimidad está atendiendo el tema del aborto, sino que tiene que tomar medidas positivas para asegurar en la mayor medida posible los derechos de las mujeres.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> MacKinnon sostiene que, desde el punto de vista sexual, las mujeres son poco libres en el ámbito de la intimidad, porque los hombres las fuerzan sexualmente en privado, lo cual refleja además la subordinación económica y política de las mujeres.

<sup>56</sup> El argumento de MacKinnon y otras autoras sobre el tema ha sido examinado por Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida...*, *cit.*, nota 54, pp. 72 y ss.

La dicotomía público-privado siempre ha sido objeto de análisis por parte de la teoría feminista, puesto que a partir de ella se construyen los diferentes roles sociales que tienen los hombres y las mujeres. Por ejemplo, según la propia MacKinnon, el uso privado de materiales pornográficos por parte de personas adultas, avalado por la ley y por la jurisprudencia de la gran mayoría de países democráticos, serviría como vehículo para inculcar modelos de dominación del hombre sobre la mujer, poniendo en evidencia el estado de sujeción (o de humillación) de aquéllas en todo lo referente a la sexualidad.<sup>57</sup> No es posible abundar en este momento en los planteamientos mencionados, pero vale la pena al menos apuntarlos, puesto que la libertad en la esfera de lo íntimo también ha recibido críticas, por lo que no puede considerarse un punto de vista incontestado.<sup>58</sup>

Como quiera que sea, lo cierto es que para algunos autores, la tarea de cualquier sistema constitucional es, en términos generales que seguramente serían aceptados por Mill, proteger la libertad siempre que esa libertad no cause daño a otros, lo cual no implica que el Estado esté impedido para regular favorablemente ciertos ámbitos que se consideran como más positivos que otros. Las decisiones no son fáciles en muchos casos. Ante los muchos puntos de vista que pueden existir en una sociedad plural, y ante la dificultad objetiva de llegar a consensos sobre el sentido del bien, quizá lo mejor sea empezar por prohibir o desincentivar aquello que podría parecer claramente como menos valioso.

<sup>57</sup> Es muy ilustrativa la discusión que sobre este punto sostuvieron MacKinnon y Richard Posner, el conocido juez y profesor de la Universidad de Chicago. La parte medular del debate está recogida en MacKinnon, Catharine y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997. Luego, Posner ha vuelto sobre el tema en varios de los ensayos contenidos en su libro *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 335 y ss.

<sup>58</sup> Para una primera aproximación al tema, puede verse Pateman, Carol, "Críticas feministas a la dicotomía público-privado", en varios autores, *Perspectivas feministas en teoría crítica*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 31 y ss.

Así, por ejemplo, en la mayor parte de las sociedades desarrolladas existe un cierto consenso para proteger la libertad sexual de los menores de edad, impidiendo que accedan a material pornográfico, o también, en un sentido parecido, para proteger a adultos desprevenidos del acceso a materiales o a prácticas que pueden no ser compatibles con sus planes de vida (esto es lo que justifica la clasificación de las películas o el hecho de que los cines que transmiten películas pornográficas estén claramente identificados como tales, de forma que el espectador esté advertido del tipo de material al que va a tener acceso).<sup>59</sup> Ese mismo consenso es el que protege la autonomía de las formas de sexualidad no convencionales, que Carlos S. Nino identifica como uno de los casos difíciles en materia de autonomía personal. Para Nino, la idea de autonomía y el valor de la discusión moral incluyen:

La proscripción de toda interferencia de formas de sexualidad por aberrantes que nos parezcan, que no afectan la autonomía de terceras personas. El valor de la autonomía excluye precisamente la imposición perfeccionista de comportamientos sexuales exigidos por una concepción del bien, diferente a la que el sujeto ha elegido libremente.<sup>60</sup>

También existe un cierto consenso en que las actividades que científicamente se ha probado que atentan contra la salud de las personas, si no pueden ser prohibidas, al menos sí que deben ser desincentivadas, al tiempo que se deben promover aquellas condiciones que mejoran nuestra salud. Así, por ejemplo, se acepta en todos los países democráticos que es legítimo poner impuestos —incluso muy altos— al consumo de tabaco y alcohol como una medida para desincentivar su utilización, mientras que nadie

<sup>59</sup> En este sentido, Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, p. 54.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 54.

defiende que se grave fiscalmente la realización de ejercicio físico en los parques públicos.<sup>61</sup>

En un sentido parecido, casi nadie discute la pertinencia de que el Estado establezca algunas limitaciones a la libertad que pueden servir como una protección frente a nuestras eventuales incapacidades; esto es lo que justifica, por ejemplo, que el uso del cinturón de seguridad en los automóviles o del casco en las motocicletas sea obligatorio.<sup>62</sup> Con este tipo de medidas el Estado asume una función que algunos autores denominan “paternalista”.<sup>63</sup>

Mill acepta en su ensayo que la ley puede proteger de manera especial a personas que no sean capaces de ejercer cabalmente su libertad (como, por ejemplo, los niños). La frase de Mill que ilustra lo que acabamos de apuntar es la siguiente: “Los que están todavía en una situación que exige que sean cuidados por otros, deben ser protegidos contra sus propios actos, tanto como contra los daños exteriores”.<sup>64</sup>

¿Cómo se justifican las medidas “paternalistas”?<sup>65</sup> Carlos S. Nino sostiene que el paternalismo puede justificarse por cuestiones de salud; en este caso, sin embargo, el propio Nino señala algunos requisitos para justificar una medida paternalista:<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Rosenkrantz, Carlos F., *op. cit.*, nota 50, pp. 24 y 25.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>63</sup> Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, pp. 43 y ss.

<sup>64</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, p. 95.

<sup>65</sup> Para una discusión conceptual acerca del paternalismo puede verse Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Nueva York, Cambridge University Press, 1988, pp. 121 y ss. Dworkin define el paternalismo como una interferencia en la libertad de acción de las personas en orden a proteger valores como el bienestar, la felicidad, las necesidades o los intereses. Este autor acepta que no todos los actos paternalistas provienen del Estado, sino que a veces son los propios particulares los que los realizan.

<sup>66</sup> Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, p. 66.

Estas situaciones que obstaculizan las decisiones que los individuos toman o tomarían en materia de salud justifican un paternalismo no perfeccionista si se recurre al medio más económico y eficaz para hacer efectivas tales decisiones sin imponer, perfeccionistamente, decisiones a la luz de un ideal del bien personal. Por ejemplo, muchos de estos casos se resuelven con sólo dar *información* adecuada, sin imponer compulsivamente un curso de acción. Otras requieren que se acerquen facilidades para hacer efectiva esa decisión, de nuevo sin imponerla.

Otro tipo de paternalismo es el que se produce en materia familiar y educativa, para proteger a los menores de edad que todavía no pueden desarrollar sus planes de vida de forma autónoma. Para Nino, se trata de la forma más común y plausible de paternalismo, siempre y cuando esté dirigido a fomentar el máximo grado de autonomía de los menores, sin sujetar de forma completa el ejercicio de esa autonomía a una visión concreta de la misma.<sup>67</sup> Esta idea justifica las limitaciones que existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países democráticos respecto a la capacidad de los menores de edad de ser titulares o ejercer por sí mismos algunos derechos fundamentales (limitaciones a la capacidad de celebrar contratos o impedimentos para trabajar antes de los 14 años, por ejemplo).

En el derecho comparado encontramos interesantes sentencias que ponen en cuestión el grado de “paternalismo” que se puede ejercer sobre un menor, incluso por parte de sus propios familiares. Se puede citar, para ilustrar el asunto, la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional español.<sup>68</sup>

El caso surge porque se había impuesto una sanción de carácter penal a los padres de un menor de edad (13 años), Testigos de

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 67-70.

<sup>68</sup> Esta sentencia ha merecido, en otros, un comentario muy importante de Moreso, José Juan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 473 y ss.

Jehová los tres, que murió tras negarse a que le fuera practicada una transfusión de sangre, necesaria para salvar su vida. El Tribunal Supremo de España había condenado a los padres por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Los recurrentes en la acción de amparo que promovieron ante el Tribunal Constitucional (TC, en lo sucesivo) adujeron que actuaron conforme a sus convicciones religiosas, y que nunca se opusieron explícitamente a la transfusión de sangre, sino que simplemente no la secundaron de manera activa frente a su hijo, el cual además había expresamente manifestado su rechazo a la misma debido a que conculcaba sus creencias religiosas. El TC concedió el amparo al entender que el menor había hecho uso de su libertad religiosa al oponerse a la transfusión, y que los padres no se habían pronunciado en contra de la misma, sino que habían guardado reserva.

Algunos de sus comentaristas argumentan que la decisión del TC es equivocada, ya que no toma en cuenta la posible coacción de los progenitores sobre las convicciones del menor. El TC debía haber ponderado “el miedo a posibles represalias por los miembros de su confesión o el temor ante la reacción de los padres”, hechos que “son razones suficientes para que un menor de edad manifieste una opinión acorde a la de sus mayores sin necesidad de que el convencimiento sobre dicha postura sea absoluto”.<sup>69</sup> En este sentido, parece exagerado darle mucho valor al criterio del menor de edad como lo hace el TC en su sentencia, puesto que era conforme solamente con lo que le habían enseñado sus padres, pero no tomaba en cuenta todos los elementos para la defensa de su interés superior (que era, como es obvio, seguir con vida).

Ana Valero no está de acuerdo en que se ponga en el mismo nivel un concepto como “el grado de madurez del menor” (palanca sobre la que el TC se apoya para reconocer validez a su

<sup>69</sup> Valero Heredia, Ana, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*, Valencia, Universitat de València, 2004, p. 83.

oposición a la transfusión) con el mucho más preponderante de su derecho a la vida, cuya protección tenían encomendada no solamente los padres sino también el Estado.<sup>70</sup> Cabe al menos cuestionarse —afirma— hasta qué punto deja de ser “superior” el interés del menor al hacerlo depender de su propia madurez. En efecto, justamente porque el interés del menor es “superior”, no puede subordinarse a lo que el propio menor considere, tenga o no grado de madurez para ello. El grado de madurez debe ser reconocido —aunque no sea una cuestión fácil, desde luego— solamente cuando revierte en un afianzamiento del interés superior, y no —como lo hace el TC— al revés, es decir, lo que no se puede hacer es utilizar el grado de madurez para oponerlo al interés superior.

Además, el propio TC había sostenido en otro caso (el de los presos del GRAPO en huelga de hambre) que el derecho a la vida no era disponible por sus titulares, y que, en esa medida, estaba justificada la decisión de un juez que ordenaba a la autoridad penitenciaria suministrar alimento suficiente para impedir que un grupo de presos muriera por una huelga de hambre que había emprendido (sentencia 137/1990). Por el contrario, en la sentencia 154/2002, el TC parece reconocer que “la voluntad del sujeto implicado puede impedir una asistencia médica que resulta contraria a sus convicciones religiosas”.<sup>71</sup>

Lo que concluye el TC es que los padres no podrían haber sido obligados a actuar enérgica y positivamente para persuadir a su hijo de la conveniencia de la transfusión, porque ello hubiera ido en contra de su derecho de libertad religiosa. La amenaza penal, en este caso, no cumplía con el requisito de proporcionalidad que debe acreditar cualquier restricción de un derecho fundamental, y por tanto procedía anular la condena que había impuesto el Tribunal Supremo a los padres.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 90.

Una tercera forma de paternalismo justificado, de acuerdo con Nino, se produce en el ámbito laboral y económico.<sup>72</sup> En estos ámbitos, los individuos aspiran a realizar una parte considerable de sus planes de vida, razón por la cual está justificado que los poderes públicos puedan imponer algún tipo de medidas que preserven la autonomía de las personas. Así, por ejemplo, estaría justificada la prohibición del trabajo forzoso; pero también tendría justificación el establecimiento de un “salario mínimo”, para no dejar a la voluntad de las partes (que normalmente, más bien, se expresa como voluntad de la parte más fuerte), la determinación por completo del salario. En la misma línea se ubicarían las regulaciones al funcionamiento del mercado para evitar que se incentiven sus tendencias “autodestructivas”,<sup>73</sup> que podrían dar lugar a una limitación muy importante de la autonomía de grandes grupos de personas, como consecuencia de la falta de acceso al mercado o de la debacle del mismo.

Una cuarta forma de paternalismo justificado se da en materia cívica, por ejemplo a través de la imposición del voto obligatorio (aunque se trata de una obligación cuyo incumplimiento en la mayoría de países no tiene una sanción).<sup>74</sup> Nino justifica la imposición paternalista del voto obligatorio afirmando que:

Puede ocurrir que una parte de la ciudadanía entre en una dinámica de interacción autofrustrante en materia de presentismo electoral, ya que cada ciudadano, sobre todo de cierto sector social —generalmente los más pobres y poco educados—, puede pensar con razón que su voto tiene sólo un impacto insignificante en un

<sup>72</sup> Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, pp. 71-74.

<sup>73</sup> Con mucho acierto, Ernesto Garzón Valdés ha caracterizado al mercado (y también, por cierto, a la democracia) como una institución que si no está sujeta a límites, tiene tendencia al “suicidio”, y termina, por tanto, “autoliquidándose”. Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.

<sup>74</sup> Fernández, Mario y Thompson, José, “El voto obligatorio”, en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007, pp. 253 y ss.

resultado favorable a sus ideas o intereses, de modo que no se compensa el esfuerzo de votar —el de enterarse de las propuestas, trasladarse al lugar del comicio, hacer cola, resistir las posibles presiones, etcétera—. Como muchos —sobre todo de ese sector— pueden pensar lo mismo, puede haber un gran absentismo electoral, con perjuicio sobre la legitimidad del sistema político, y sobre todo sobre su funcionamiento imparcial, ya que al no estar representado un sector social, sus intereses e ideologías no son tomados en cuenta. El proceso puede potenciarse al advertir los partidos que hay un sector más o menos definido de la población que no concurre a votar, y excluirlo, consecuentemente, de sus propuestas, con lo que se confirma la falta de interés de esos electores en el resultado de la votación. El voto obligatorio puede derivar de un paternalismo legítimo, ya que asegura que, al unirse con los votos de quienes coinciden con uno, el voto de uno es significativo.<sup>75</sup>

Hay algunas cuestiones que podrían ser más discutibles; por ejemplo, la de si los poderes públicos pueden incentivar cierto tipo de manifestaciones artísticas y desincentivar otras que les parezcan menos provechosas o menos formativas para las personas. En Estados Unidos se ha producido un intenso debate por parte de destacados teóricos del derecho sobre el papel que el Estado debe tener frente al arte.<sup>76</sup>

Ernesto Garzón Valdés ha desarrollado una tesis de acuerdo con la cual el paternalismo se justifica siempre que un individuo presente una “incompetencia básica”. La “incompetencia básica”, dice Garzón, sería una condición necesaria aunque no suficiente para justificar medidas paternalistas.

<sup>75</sup> Nino, Carlos Santiago, “La autonomía...”, *cit.*, nota 51, p. 77.

<sup>76</sup> Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 43 y ss.

Nuestro autor cita algunos casos en los que el individuo es un “incompetente básico”:<sup>77</sup>

a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (como las consecuencias de ingerir ciertos fármacos);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones;

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas;

d) cuando actúa bajo compulsión (bajo hipnosis o bajo amenazas), y

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos.

Estos supuestos, delineados por Garzón Valdés, si se analizan junto a los ejemplos que pone Nino, nos suministran parámetros más o menos claros para delimitar el ámbito de interferencia paternalista que podría estar justificado en una sociedad democrática.

El propio Garzón aclara que no se justificaría éticamente la imposición de medidas paternalistas en los dos siguientes casos:<sup>78</sup>

a) cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo, o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación. De hecho, Mill tiene una frase en *Sobre la libertad* que de algún modo se ajusta a lo que señala Garzón; escribe Mill que, “cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa con-

<sup>77</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 371 y 372.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 374.

sintiendo a cada cual vivir a su manera, que obligándolo a vivir a la manera de los demás”;<sup>79</sup>

b) cuando alguien que posee competencia básica, prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad.

Respecto del primer supuesto, habría que apuntar que la discusión contemporánea acepta el punto de vista de Garzón, pero avanza un poco más al plantear si esa voluntad puede encontrar auxilio justificado por parte de terceros. Es decir, se trataría de saber si una posición liberal tendría que reconocer el derecho a quitarse la vida y a contar para ello con la ayuda de otra persona o incluso del Estado.<sup>80</sup>

Respecto del segundo supuesto, creo que incluye la posibilidad de realizar con libertad prácticas de riesgo en relación a nuestra apariencia, a nuestra sexualidad o a nuestra integridad corporal. La adopción de este punto de vista haría éticamente injustificable la prohibición que incluyen muchos códigos civiles en México para que una persona portadora de una enfermedad contagiosa pueda casarse. De hecho, no se trata solamente de una prohibición paternalista infundada, sino que además es inconstitucional al suponer una discriminación por razón de condiciones de salud.<sup>81</sup> Si los futuros contrayentes son mayores de

<sup>79</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, p. 99.

<sup>80</sup> Una reflexión más amplia sobre este punto puede verse en Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, FCE, 2004, pp. 67 y ss.; Calsamiglia, Albert, “Sobre la eutanasia”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, FCE, 1999, pp. 151 y ss.; y Valadés, Diego, “Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital”, en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, 2008, pp. 81 y ss.

<sup>81</sup> Una explicación sobre el régimen constitucional de la no discriminación en México puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 4, pp. 183 y ss.; sobre el régimen legal, Carbonell, Miguel, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación comentada*, México, Conapred, 2007.

edad y ambos están al tanto de la existencia de la enfermedad contagiosa y de las consecuencias de la misma, y aún así manifiestan libremente su consentimiento, no debe haber impedimento legal alguno que les niegue el derecho a contraer matrimonio.

La citada prohibición, vigente todavía en pleno siglo XXI, se basa en la idea católica de que el matrimonio tiene por finalidad la procreación, creencia miope, conservadora y regresiva que se proyecta de manera igualmente negativa a las uniones homosexuales, limitando el derecho constitucional a la protección de la familia (derecho que implica la obligación del legislador de regular todas las formas de expresión y organización de la familia, incluyendo las que tienen por protagonistas a dos personas del mismo sexo).<sup>82</sup>

## 2. Lesividad

Mill afirma, como ya vimos, que solamente cuando se cause daño a terceros se puede limitar la libertad individual. Cuando intentamos trasladar esta afirmación general al campo de lo jurídico, y más en concreto al campo del derecho penal, lo hacemos a través de las exigencias que derivan del principio de lesividad.

<sup>82</sup> El tema del matrimonio homosexual ha sido discutido con intensidad en muchos países, aunque no en México. Para una discusión en diversas latitudes y en distintos idiomas puede verse: Gerstmann, Evan, *Same-Sex Marriage and the Constitution*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004; Rey Martínez, Fernando, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 73, 2005; Calvo, Kerman, “Matrimonio homosexual y ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 154, julio-agosto de 2005; Carabaña, Julio, “La separación del matrimonio y la descendencia”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 154, julio-agosto de 2005; Herrero Brasas, J. A., “Obispos, matrimonio homosexual y objeción de conciencia”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 153, junio de 2005; Ceccherini, Eleonora (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milán, Giuffrè, 2004; para una visión más contextual del tema, véase Abramson, Paul R. et al., *Sexual Rights in America. The Ninth Amendment and the Pursuit of Happiness*, Nueva York, New York University Press, 2003.

Mediante este principio se busca asegurar que la ley solamente pueda considerar como delito aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de relevancia constitucional o derechos fundamentales. De esta forma se evita la tentación de algunos legisladores para reconducir penalmente conductas que pueden ser indeseables o nocivas pero que admiten, en su caso, una sanción diferente a la penal.

Además, mediante el principio de lesividad puede exigirse al legislador un ejercicio de justificación objetivo al momento de determinar qué conductas caen bajo la esfera de regulación penal.

No olvidemos que cualquier sistema penal garantista (es decir, el tipo de sistema penal que empata con los postulados liberales de Mill) debe considerar como penalmente reprochables solamente aquellas conductas que, por sus efectos, sean más lesivas a los intereses y derechos de terceros. Solamente dichos efectos lesivos son los que justifican y legitiman el ejercicio de la represión penal de cierta conducta. De hecho, en términos generales, el derecho penal se legitima y se justifica solamente si es capaz de lograr un doble efecto: *a)* prevenir la comisión de conductas delictivas y *b)* prevenir la realización de sanciones informales, a través de la venganza y las demás formas de violencia extrainstitucional que pueden darse en ausencia de una institucionalidad penal encargada de procesar y, en su caso, sancionar las conductas delictivas.<sup>83</sup>

El principio de lesividad evita considerar como delitos los comportamientos meramente inmorales, los estados de ánimo que en algún tiempo se han considerado como pervertidos, hostiles o peligrosos, así como todas aquellas conductas que no se proyectan causando un daño (siguiendo con la lógica de Mill, pero llevándola al terreno jurídico) a intereses, bienes, valores o derechos constitucionalmente relevantes. Los delitos sin daño es-

<sup>83</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, t. II, p. 356.

tarían, en este contexto, constitucionalmente prohibidos; es el caso de los delitos que castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del Estado, los símbolos nacionales o la moralidad pública. También estarían prohibidos aquellos delitos de bagatela, que deberían ser considerados como meras contravenciones administrativas, además de los delitos de peligro abstracto o presunto, y todos aquellos que estuvieran descritos en términos vagos o indeterminados, caracterizados unos y otros por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo.<sup>84</sup>

Luigi Ferrajoli explica que la exigencia de la lesividad ya estaba presente en el pensamiento de Aristóteles y de Epicuro, así como en toda la filosofía penal de la Ilustración (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Bentham, etcétera).<sup>85</sup> El mismo Ferrajoli explica que:

Históricamente, por lo demás, este principio (se refiere al de lesividad) ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios* o *fundamentales*.<sup>86</sup>

El principio de lesividad, además, sirve en la práctica para reforzar la exigencia de taxatividad que actualmente, por citar un ejemplo, figura en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución mexicana, en virtud del cual los textos que contengan nor-

<sup>84</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 475.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 466 y 467.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 467. Otras aportaciones del propio Ferrajoli sobre el tema, pueden verse en su libro *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presen. de Miguel Carbonell, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

mas penales tienen que describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quienes las realicen.

La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal, y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.<sup>87</sup> Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.<sup>88</sup> Creo que Mill aplaudiría sin reservas esta definición.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. Al suponer una exigencia de que las normas penales se refieran a una lesión objetiva, material, evidente, de un bien jurídico de relevancia constitucional, resulta obvio que el principio de lesividad empata y refuerza al principio de taxatividad que está constitucionalmente previsto en México.

Ahora bien, bajo el principio de lesividad la determinación de que una conducta pueda ser penalmente relevante no estará definida solamente por la afectación que tal conducta realice sobre bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, sino

<sup>87</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 45.

que además la prohibición penal tendrá que ser “idónea”, es decir, tendrá que servir para desplegar un cierto efecto intimidante. Si tal efecto no se realizara, al menos en un cierto grado, el derecho penal tendría que abandonar la pretensión de prohibir cierta conducta, preservando de esa manera —en principio— el ámbito de libertad personal que deriva de la no prohibición de una conducta. Ferrajoli pone como ejemplo de conductas que no deberían estar penalmente reguladas, por no ser la prohibición penal idónea para impedir la conducta, el aborto, el adulterio, la mendicidad, la evasión de presos y la tóxicodependencia.

Para Ferrajoli:

Está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de ‘valores morales’, opuesta a la función protectora del derecho penal.<sup>89</sup>

De nuevo, hay que decir que Mill seguramente sustentaría los conceptos que nos ofrece Ferrajoli.

De la anterior afirmación de Ferrajoli cabe desprender al menos dos reflexiones. La primera es que en contextos sociojurídicos que mantienen altas tasas de impunidad (como sucede en el caso de México), la cantidad de conductas penalmente prohibidas que no son sancionadas puede llegar a ser muy alta respecto de una gran variedad de delitos. La segunda reflexión tiene que ver con el efecto “clandestinizador” que puede tener el uso del derecho penal; ningún ejemplo más claro al respecto que el de la prohibición del aborto, con el agravante de que no solamente

<sup>89</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y...*, cit., nota 84, p. 473.

clandestiniza, sino que lo hace afectando solamente a las mujeres, y además casi siempre a las mujeres que son pobres.<sup>90</sup>

Como quiera que sea, la consideración del principio de lesividad es por un lado el primer paso hacia el ideal ilustrado de un “derecho penal mínimo” que estuviera regido, en su base, por una idea clara del bien jurídico que debe protegerse penalmente, y por una noción igualmente idónea acerca de la mejor forma de hacerlo;<sup>91</sup> por otra parte, nos ofrece una guía más o menos fiable para saber cuándo podemos, sin violentar el principio de daño defendido por Mill, limitar (penalmente) la libertad.

### 3. *En la ruta de la autonomía*

El importante lugar que ocupa el principio de daño en la construcción teórica de Mill sobre la libertad, nos podría hacer pensar que nuestro autor defiende una posición puramente negativa de la libertad, entendiendo que dicha posición abarca la protección de una esfera impenetrable por los poderes públicos y por los particulares, dentro de la cual podríamos actuar como consideremos oportuno. Pero Mill no se queda ahí, sino que en su famoso ensayo enuncia algunos rasgos de la libertad en la línea de lo que

<sup>90</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Aborto: lo que ‘protege’ el Código Penal”, *El País*, 17 de enero de 2008, p. 31. Este autor, destacado integrante del Tribunal Supremo de España y el juez mejor preparado de su país, señala a propósito de la consideración penal del aborto lo siguiente: “La torpe reducción de un hondo conflicto existencial a delito, presto a ser usado para calentar algún tipo de opinión —y, con mayor o menor intensidad represiva, en función de que exista o no un sujeto policial o judicial más o menos activable a tenor de ciertos presupuestos ideológicos— es algo abierto a manipulaciones oportunistas y generador de inseguridad jurídica”. Perfecto Andrés apunta, además, que el dilema no es entre aborto sí o aborto no, dada la alta incidencia del mismo (del todo documentada por diversas agencias nacionales e internacionales), sino entre el tipo de aborto que se quiere propiciar: “el clandestino y, con frecuencia, séptico, o el regular, realizado en las mínimas condiciones de dignidad y de salubridad para las que tienen que padecerlo”.

<sup>91</sup> Ferrajoli, *Principia iuris...*, *cit.*, nota 83, p. 357.

ya en el siglo XX Isaiah Berlin llamó “libertad positiva”, a la que algunos autores denominan “autonomía”.<sup>92</sup>

La autonomía, en otras palabras, no pasa inadvertida para Mill, aunque no la alcanza a construir con tanta contundencia como lo hicieron otros autores después de él. Hay, pese a todo, algunas frases en *Sobre la libertad* que nos pudieran hacer pensar en una visión de Mill inclinada no solamente hacia la libertad negativa, sino también hacia la libertad positiva o hacia la autonomía personal. Por ejemplo, cuando escribe que la libertad humana “comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y de sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas”.<sup>93</sup> Algunas modalidades de la libertad así entendida suponen no solamente ausencia de impedimentos, sino también el ejercicio de la voluntad para definir prioridades, objetivos, valores, etcétera.

Todavía queda más clara la presencia de un asomo de libertad positiva en la siguiente frase de Mill:

La libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.<sup>94</sup>

En una palabra, Mill habla en esta frase de autonomía personal, no de mera ausencia de impedimentos. Lo hace también

<sup>92</sup> Analizamos el pensamiento de Berlin, y los alcances del concepto de “libertad positiva” en el siguiente apartado.

<sup>93</sup> Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 37, p. 98.

<sup>94</sup> *Idem.*

cuando invita a sus lectores a no dejarse guiar por terceros en las cuestiones que más importan, a determinar sus propios planes y establecer sus metas de vida; sus palabras son:

El que deje al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos. El que escoge por sí mismo un plan, emplea todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el razonamiento y el juicio para prever, la actividad para reunir los materiales de la decisión, el discernimiento para decidir, y cuando ha decidido, la firmeza y el autodomínio (*self-control*) para sostener su deliberada decisión.<sup>95</sup>

La libertad, en el pensamiento de Mill, podía verse estorbada o anulada por virtud de pautas sociales de comportamiento (por opiniones de la mayoría), pero también por mandato de la ley. Este aspecto legal de dominio sobre la libertad no le es ajeno a Mill, que en su famoso ensayo apunta: “Hay también en el mundo una grande o creciente inclinación a extender indebidamente los poderes de la sociedad sobre el individuo, no sólo por la fuerza de la opinión, sino también por la de la legislación”.<sup>96</sup> De hecho, Mill critica con dureza la ley inglesa sobre libertad de expresión, aunque augura que su aplicación es difícil o incluso imposible, “excepto en algún pánico moral momentáneo, en que la insurrección prive a los ministros y jueces del dominio de sí mismos”.<sup>97</sup> Más adelante veremos que esta obnubilación puede hacerse presente, por ejemplo, en periodos de guerra.

Creo que Mill ya advierte sobre el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales (sobre el que tanto han insistido pensadores como Ronald Dworkin o Luigi Ferrajoli), cuando escribe lo siguiente, al referirse a la libertad de expresión: “Si toda

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 103.

la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase, como ella misma lo sería si, teniendo poder bastante, impidiera que hablara la humanidad”.<sup>98</sup> En efecto, los derechos fundamentales como la libertad de expresión deben valer incluso en aquellos casos en que sirven para proteger posiciones radicales, heterodoxas, extrañas, diferentes a las que sostienen todos los miembros de una sociedad. Los derechos fundamentales, para ser tales, no deben ni pueden quedar sujetos al criterio de la mayoría.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 104.

#### IV. LIBERTAD NEGATIVA Y LIBERTAD POSITIVA. ISAIAH BERLIN

Isaiah Berlin dictó una conferencia en el marco de la lección inaugural de la cátedra Chichele de teoría social y política en Oxford;<sup>99</sup> era 1958, y su autor no podía imaginar la enorme trascendencia que tendrían sus palabras. El texto de la conferencia de Berlin se ha convertido con el paso del tiempo, junto a los escritos de Constant y de Mill, en una referencia clásica sobre el tema de la libertad. El título de la conferencia es “Dos conceptos de libertad”. Esos dos conceptos son el de “libertad negativa” y el de “libertad positiva”. Veamos con algún detalle cómo explican Berlin y otros pensadores ambos conceptos.

##### 1. *Libertad negativa*

Berlin nos indica que la libertad negativa equivale a la no interferencia, a la posibilidad de actuar como mejor nos lo parezca sin que nadie se interponga u obstaculice nuestros actos. Escribe Berlin:

Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad... la libertad política es, simplemente, el espacio en el que un

<sup>99</sup> La biografía de Berlin puede verse en Ignatieff, Michael, *Isaiah Berlin. Su vida*, Madrid, Taurus, 1999. También resulta sumamente iluminador el elocuente ensayo sobre Berlin, de Silva-Herzog Márquez, Jesús, “Liberalismo trágico”, *La idiotéz de lo perfecto. Miradas a la política*, México, FCE, 2006, pp. 111-153.

hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran.<sup>100</sup>

Se trataría de contar con un espacio exento de coacción. La coacción y la libertad guardarían una relación simétrica a la inversa: cuanto más crece una más pequeña se hace la otra y viceversa.

En principio, las fronteras de la libertad en sentido negativo estarían fijadas, según Berlin, por el ámbito de la vida privada. En la medida en que una persona realice actividades privadas no debe ser importunada en modo alguno. Berlin acepta que es discutible hasta dónde llega la vida privada y dónde comienza la vida pública dentro de cuyo espacio puede imponerse la coacción y, en esa virtud, limitarse la libertad: “Dónde tenga que trazarse esa frontera es cuestión a debatir y, desde luego, a negociar. Los hombres son muy interdependientes y ninguna actividad humana tiene un carácter tan privado como para no obstaculizar en algún sentido la vida de los demás”.<sup>101</sup> Esta idea de Berlin parece un tanto excesiva, pues deben haber millones de conductas privadas que, en efecto, no obstaculizan en ningún sentido la vida de los demás.

Pero la cuestión de fondo subsiste: ¿cómo trazar una frontera precisa entre los actos privados y los públicos? Berlin reconoce que “no podemos ser absolutamente libres y tenemos que ceder algo de nuestra libertad para preservar el resto”, aunque aclara que esa cesión no puede ser completa, porque de serlo nos destruiríamos a nosotros mismos. Debemos ceder un mínimo de libertad, definido por Berlin en una frase que nos da algunas pistas, pero no nos resuelve mucho. La cesión puede llegar hasta un determinado punto: “Aquel que un hombre no puede ceder sin

<sup>100</sup> Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de...”, *cit.*, nota 14, p. 208.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 210.

ofender la esencia de la libertad humana”.<sup>102</sup> Parece un razonamiento que se muerde la cola.

Bobbio utilizó en su momento la misma nomenclatura que Berlin para referirse a la libertad. En uno de sus más conocidos ensayos, Bobbio nos indica que la libertad negativa se puede definir como “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”.<sup>103</sup> Esta libertad supone que no hay impedimentos para realizar alguna conducta por parte de una determinada persona (ausencia de obstáculos), así como la ausencia de constricciones, es decir, la no existencia de obligaciones de realizar determinada conducta.

Desde un punto de vista jurídico, podríamos señalar que la libertad negativa puede ser prejurídica o bien puede ser jurídica; es del primer tipo cuando una determinada conducta no está jurídicamente regulada, es decir, cuando el derecho no la toma en cuenta y, en esa virtud, puede ser libremente realizada o no realizada por una persona. La libertad negativa es jurídica cuando el ordenamiento le asegura a una persona la posibilidad de realizar una conducta sin interferencias y sin constricciones.

Un ejemplo de lo primero sería la forma en que se puede subir a una bicicleta; dicha conducta no está regulada por el derecho, y por tanto el individuo la puede realizar como mejor le parezca o puede también no realizarla en lo absoluto.

Un ejemplo de lo segundo es la prohibición de impedir la libre expresión de las ideas; las constituciones modernas preservan un ámbito comunicativo libre para las personas, y les aseguran de esa forma que las conductas que tengan por objeto transmitir sus ideas estarán a salvo de cualquier interferencia.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>103</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 97.

La figura deóntica que identifica a la libertad negativa dentro de un ordenamiento jurídico es la permisión;<sup>104</sup> por ejemplo, un enunciado normativo de este tipo diría: “El sujeto *A* es libre de hacer *X* en relación con el sujeto *B* o en relación con todos los sujetos de la comunidad política *C*”.

Concretando lo anterior podemos decir, como lo escribe Francisco J. Laporta, que “desde el punto de vista jurídico-político hay libertad para actuar de una determinada manera cuando no existe norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía, existe una norma que permita explícitamente actuar de este modo”.<sup>105</sup> A lo primero (“cuando no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo”) lo hemos llamado “libertad prejurídica”, puesto que comprende todos aquellos aspectos o sectores del acontecer humano que no están regulados por el derecho, y en los que, por tanto, se puede actuar libremente; en el segundo caso (“no existe una norma que obligue a actuar de otro modo”), podría decirse que se trata de lo mismo, puesto que estamos ante una “no regulación” jurídica, ante una “ausencia de obligación” que nos permite conducirnos como queramos; finalmente, lo tercero (“existe una norma que permite explícitamente actuar de ese modo”) se concretiza a través de las normas que contienen los derechos fundamentales de libertad; su redacción puede ser variable, ya que pueden consistir tanto en una autorización para hacer algo (por ejemplo, “toda persona tiene el derecho de transitar libremente por el interior de la República sin necesidad de salvoconducto”), como en la prohibición a los demás de interferir con nuestra libertad (“Nadie puede impedir la libre expresión de las ideas”).

<sup>104</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 211 y ss.

<sup>105</sup> Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983, p. 25.

Algunos autores, como Robert Alexy, entienden que cuando estamos frente a una libertad no regulada, nos encontramos de todas formas ante una libertad de tipo jurídico; el hecho de que una conducta no esté regulada no significa, según Alexy, que se trate de una libertad prejurídica, sino de una libertad jurídica a la que se debe aplicar el principio general de derecho, según el cual “lo que no está prohibido está permitido”. Estaríamos, según nuestro autor, ante una norma permisiva de derecho fundamental que contendría una permisón implícita, ya que el sistema jurídico no establece ninguna norma de mandato o de prohibición para esa conducta.<sup>106</sup>

Como recuerda Bobbio,<sup>107</sup> ya en los primeros desarrollos del pensamiento ilustrado se encuentran las ideas básicas sobre la libertad negativa. Así, por ejemplo, Hobbes sostiene que:

Dado que las leyes nunca han limitado ni pueden limitar todos los movimientos y acciones de los ciudadanos en vista de su variedad, quedan necesariamente innumerables cosas que las leyes no ordenan ni prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. Con respecto de ellas se dice que cada uno goza de su libertad, debiéndose entender, en este caso, que la libertad es aquella parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos (*De Cive*, XIII, 5).

Cercana a esta concepción de Hobbes es la que sostiene Locke, que identifica al estado de naturaleza como el reino de la libertad absoluta; el estado de naturaleza, sostiene, es “un Estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*).

<sup>106</sup> Alexy, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, nota 104, pp. 222 y 223.

<sup>107</sup> Bobbio, *Igualdad...*, *cit.*, nota 103, p. 99.

El mismo Locke escribió también que “la libertad de los hombres bajo el gobierno consiste... en una libertad que me permite seguir mi propia voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*).

Para Rousseau, que seguramente coincide con Locke en su apreciación de la libertad en el estado de naturaleza, lo importante es definir las bases de la libertad una vez que se establece el contrato social; la libertad, en este contexto, quedará salvaguardada por la voluntad general que crea la ley, puesto que “la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad” (*Contrato social*, VIII, 1).<sup>108</sup>

Finalmente, hay que recordar también a Montesquieu cuando sostiene que “la libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten” (*El espíritu de las leyes*, XII, 2).<sup>109</sup>

La influencia de estos pensadores sobre los primeros textos constitucionales se ilustra con el ejemplo del artículo 4o. de la Declaración francesa de 1789, que comienza afirmando que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros”.

La pregunta importante, cuando se analiza el concepto de libertad negativa de Berlin, es la que formula el mismo autor: ¿Tiene límites la libertad negativa? Si la respuesta a tal pregunta es afirmativa: ¿cómo trazarlos?, ¿cómo saber qué límites están justificados y cuáles no?, ¿qué interferencias en mi conducta debo aceptar como legítimas, justas o merecidas, y cuáles debo re-

<sup>108</sup> Bobbio, Norberto, “Kant y las dos libertades”, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 115 y ss.

<sup>109</sup> En torno a las ideas de Hobbes, Locke y Montesquieu sobre la libertad, véase Abellán, Ángel Manuel, “De la libertad moderna a la idea liberal burguesa y a los derechos fundamentales”, en varios autores, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid-UCM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. III, pp. 73 y ss.

chazar en virtud de que me someten a un modelo de conducta o a un ideal de vida que no comparto ni deseo compartir? Algunas respuestas a estas preguntas nos llevan de regreso al pensamiento de Mill y a su concepto del principio de daño que ya hemos estudiado. En todo caso, es importante señalar que no existe en nuestro tiempo una respuesta precisa y contundente, sino que se trata de una cuestión abierta, alrededor de la cual las sociedades contemporáneas siguen discutiendo.

## 2. *Libertad positiva*

La libertad positiva, nos dice Bobbio, puede definirse como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”.<sup>110</sup> Si la libertad negativa se entiende como la ausencia de obstáculos o constricciones, la positiva supone la presencia de un elemento crucial: la voluntad, el querer hacer algo, la facultad de elegir un objetivo, una meta. La libertad positiva es casi un sinónimo de la autonomía.<sup>111</sup>

Mientras que la libertad negativa tiene que ver con la esfera de las acciones, la positiva se relaciona con la esfera de la voluntad. Como señala Bobbio, “la libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad”;<sup>112</sup> o en palabras de Berlin, “el sentido ‘positivo’ de la libertad sale a relucir, no si intentamos responder a la pregunta ‘qué soy libre de hacer o de ser’, sino si intentamos responder a ‘por quién estoy gobernado’ o ‘quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer’”.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Bobbio, *Igualdad...*, *cit.*, nota 103, p. 100.

<sup>111</sup> Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’...”, *cit.*, nota 105, p. 26.

<sup>112</sup> Bobbio, *Igualdad...*, *cit.*, nota 103, p. 102.

<sup>113</sup> Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de...”, *cit.*, nota 14, p. 216.

Es el propio Isaiah Berlin quien nos ha ofrecido lo que podría considerarse una especie de concepción canónica de la libertad positiva, en los siguientes términos:<sup>114</sup>

El sentido “positivo” de la palabra “libertad” se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser un sujeto y no un objeto; quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos y no por causas que me afecten, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser accionado por una naturaleza externa o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de jugar mi papel como humano, esto es, concebir y realizar fines y conductas propias. Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando afirmo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo, quiero tener conciencia de mí mismo como un ser activo que piensa y quiere, que es responsable de sus propias elecciones, y es capaz de explicarlas por referencia a sus ideas y propósitos propios.

Esta concepción de Berlin ha dado lugar a un sinnúmero de estudios, análisis y desarrollos posteriores. Por lo que hace a nuestro ensayo, conviene simplemente destacar los siguientes aspectos de la concepción de libertad positiva.

Berlin reconoce que la libertad positiva puede existir para una persona, pero que en determinadas circunstancias esa misma persona puede decidir o verse obligada a no ejercerla, retirándose a “la ciudadela interior”:

Estoy en posesión de razón y voluntad; concibo fines y deseo alcanzarlos; pero si me impiden lograrlos ya no me siento dueño de

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 217.

la situación. Puede que me lo impidan las leyes de la naturaleza, accidentes, actividades de los hombres, o el resultado, a veces no intencionado, de instituciones humanas. Estas fuerzas pueden ser demasiado para mí. ¿Qué puedo hacer para evitar que me aplasten?<sup>115</sup>

No cabe duda que en el momento en que Berlin escribió esta frase, las personas tenían muchos motivos para sentirse impotentes. Inglaterra, como la mayoría de los países europeos, estaba en pleno proceso de recuperación, luego de la Segunda Guerra Mundial. Muchos de sus habitantes tenían grabadas todavía las imágenes de los bombarderos sobre Londres, de Hitler lanzando sus soflamas esquizofrénicas en contra de los judíos, del hambre y la miseria por las que tuvieron que pasar muchos europeos en la posguerra.<sup>116</sup> Pero cabe preguntarse, desde el mirador del siglo XXI, ¿qué diría Berlin de los retos que les suministra este siglo a los habitantes del planeta? Hay muchos motivos para intentar resguardarse en la “ciudadela interior”.

Las promesas emancipatorias de la modernidad se han cumplido de forma muy limitada, pues en el mejor de los casos se realizan solamente para un puñado de privilegiados, dentro de los países que tienen niveles aceptables de desarrollo. El espacio público se encuentra, incluso en estos países, bajo asedio. La pobreza, la guerra, el afán consumista, el grado cero de la política que se empeñan en perseguir los políticos profesionales, el deterioro rampante del medio ambiente, son motivos para querer quedarse en casa (si es que se tiene una), haciendo a un lado la voluntad, y abriendo paso al abandono, una especie de *laissez-faire* vital.

Berlin defiende la libertad positiva, entendida como autonomía, y construye fuertes argumentos contra el paternalismo, al

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>116</sup> Una magnífica narración de este periodo histórico puede verse en Judt, Tony, *Posguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Madrid, Taurus, 2006.

que nos referimos en el apartado anterior, al estudiar el pensamiento de John Stuart Mill. Dice Berlin que:

Si la esencia de los hombres consiste en que son seres autónomos —autores de valores, de fines en sí mismos, de la autoridad última que se funda precisamente en querer libremente— entonces no hay nada peor que tratarlos como si no fueran autónomos, como objetos naturales, accionados por influencias causales, como criaturas a merced de estímulos externos, cuyas elecciones pueden ser manipuladas por sus gobernantes mediante la amenaza de la fuerza o el ofrecimiento de recompensas.<sup>117</sup>

De hecho, es tal la animadversión de Berlin hacia el paternalismo, que en su ensayo cita, de forma aprobatoria, las frases de Kant según las cuales “nadie puede obligarme a ser feliz a su manera” y el paternalismo “es el mayor despropósito imaginable”. El paternalismo para Berlin sería la negación de la naturaleza autónoma de las personas, en tanto sirve para sustituir el criterio propio por el ajeno, invalidando la dirección que cada individuo puede y debe darle a su vida, sin intromisión de los demás. Dice Berlin que:

El paternalismo es despótico no porque sea más opresivo que la tiranía desnuda, brutal y zafia, ni porque ignore la razón trascendental en mí encarnada, sino porque es una afrenta a mi propia concepción como ser humano, determinado a conducir mi vida de acuerdo con mis propios fines (no necesariamente racionales o humanitarios) y, sobre todo, con derecho a ser reconocido como tal por los demás.<sup>118</sup>

Berlin discute, en la parte final de su famoso ensayo sobre los dos conceptos de libertad, la cuestión del consentimiento que puede prestar una persona para dejar de ser libre. Desde luego,

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 240 y 241.

como cabe esperar de un auténtico liberal, rechaza la más mínima posibilidad de que voluntariamente se pueda dejar de ser libre, quizá dejándose llevar por un optimismo antropológico de cuya verificación práctica seguramente podría dudarse. Pregunta Berlin, con tono humorístico: “Si consiento ser oprimido, si lo acepto con distancia o con ironía, ¿estoy menos oprimido? Si me vendo yo mismo como esclavo, ¿soy menos esclavo? Si me suicido, ¿estoy menos muerto por el hecho de haberme quitado la vida libremente?”<sup>119</sup> Con esto, Berlin viene a reconocer que la autonomía tiene límites, y uno de ellos es la disposición de sí misma: nadie puede decidir libremente dejar de ser libre.

Hay una cuestión final que me gustaría destacar del pensamiento de Berlin sobre la libertad. Me refiero a su concepción naturalista de la misma, pese a que en el resto de su obra luchó denodadamente en contra de cualquier tipo de determinismo histórico. En efecto, para Berlin habría un espacio de libertad creado por la naturaleza, fundamentado en el carácter de las personas como seres racionales. Ese espacio sería invulnerable para el gobierno y estaría a salvo incluso del propio consentimiento de sus titulares. Ningún tipo de autoridad podría decidir la entrada en ese espacio sagrado.

Hay dos frases de Berlin que ilustran perfectamente dicha concepción naturalista; son las siguientes:

Si deseo conservar la libertad, no basta con decir que no ha de ser violada hasta que uno u otro —el gobernante absoluto, la asamblea popular, el rey en el parlamento, los jueces, varias autoridades combinadas, o las leyes mismas (porque las leyes pueden ser opresivas)— autorice su violación. Hay que crear una sociedad en la que haya *fronteras de libertad que nadie estará autorizado a invadir*.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 247.

Para Constant, Mill, Tocqueville y para la tradición liberal a la que pertenecen [dice Berlin], ninguna sociedad es libre a menos que esté gobernada en alguna medida por dos principios interrelacionados: primero, que solamente los derechos, y no el poder, se consideren absolutos, de manera que todos los hombres, sea cual sea el gobierno que tengan, posean un derecho absoluto a rechazar comportarse de forma inhumana; y, segundo, que hay fronteras, *que no están trazadas de forma artificial*, dentro de las cuales los hombres son inviolables. Estas fronteras están definidas en términos de normas tan ampliamente aceptadas, y desde hace tanto tiempo, que *su observancia entra dentro de la concepción misma de lo que es un ser humano normal* y, por tanto, definen también lo que es actuar de forma inhumana o patológica.<sup>120</sup>

Desde luego que resulta complicado aceptar estas premisas de Berlin. La idea de que haya unas fronteras “prefijadas” para proteger a los seres humanos frente a cualquier tipo de intromisión no parece tener un firme soporte ni histórico ni teórico. Berlin presenta esas fronteras como irreductibles, como un espacio sobre el que no hay discusión posible acerca de su utilización o determinación colectiva. Pero sucede que la historia nos demuestra que ese espacio puede ser móvil: puede desplazarse para tener una mayor o una menor amplitud.

Los modernos catálogos de derechos demuestran que lo que consideramos libertades esenciales (aquellas que protegemos a través de su reconocimiento como derechos fundamentales) pueden ser ampliadas. De hecho, las más recientes constituciones (España y Portugal en el sur de Europa, Brasil y Colombia en América Latina, por citar solamente algunos ejemplos bien conocidos) amplían de manera importante el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad, si las comparamos con los textos de finales del siglo XVIII o incluso con las constituciones del siglo XIX.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 248 y 249. Cursivas añadidas.

También, como es obvio, puede haber regresiones. Aunque creo que todavía se puede decir que la de los derechos es una “matriz expansiva” si se considera su evolución histórica, lo cierto es que —como queda ilustrado muy bien por el caso de los Estados Unidos que analizaremos más adelante— la consideración de los derechos puede dar pasos hacia atrás. Las involuciones pueden presentarse en varios niveles. Por ejemplo, puede haber un recorte de libertades: *a)* a partir de una nueva redacción de los textos constitucionales que las establecen;<sup>121</sup> *b)* a partir de una nueva interpretación de esos mismos textos;<sup>122</sup> o *c)* a partir de la “comprensión social” de los derechos, cuando la opinión pública no solamente asiste silenciosamente a una violación de las libertades, sino que la exige a sus autoridades.

Ahora bien, lo anterior no obsta para señalar lo bien que encaja la postura de Berlin con los desarrollos que con posterioridad han realizado autores como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli o Ernesto Garzón Valdés, al calificar a los derechos fundamentales (incluyendo, como es obvio, a los derechos de libertad) como “triumfos frente a la mayoría”, “esferas de lo indecible” o “cotos vedados”, respectivamente. No por nada todos ellos pertenecen a la tradición liberal que, arrancando con Mill en el siglo

<sup>121</sup> Esto es lo que sucede con medidas regresivas en materia de libertad personal y de debido proceso legal, como las aprobadas por el poder reformador de la Constitución en México, durante los primeros meses de 2008, a través de la llamada “reforma judicial”; algunas observaciones sobre las partes más delicadas de la reforma pueden verse en Carbonell, Miguel, “Lampedusa en San Lázaro”, *El Universal*, 14 de diciembre de 2007.

<sup>122</sup> En México, pueden citarse varias sentencias de la Suprema Corte que han dado como resultado un recorte objetivo de libertades, es el caso de la sentencia de la Primera Sala de la Corte que permitió considerar como penalmente perseguible el hecho de escribir cierto tipo de poesía. Sobre ese caso me he detenido en Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, en Vázquez Camacho, Santiago (comp.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007, pp. 35-48.

XIX, llega hasta una de sus más altas cimas con el pensamiento de Berlin en el siglo XX.<sup>123</sup>

Aunque la distinción entre la libertad positiva y la libertad negativa tiene pleno sentido, y contribuye a entender mejor un fenómeno complejo como el que nos ocupa, hay que decir que idealmente ambas libertades deben coexistir para que el sujeto sea *plenamente* libre. Es decir, un sujeto será plenamente libre si es capaz de articular una voluntad que le permita fijarse una meta o un objetivo, y si, *al mismo tiempo*, es capaz de realizar las conductas necesarias para alcanzar esa meta sin obstáculo, y sin que esté obligado a realizar una conducta distinta.

Algunos autores, en este sentido, cuestionan que los dos tipos de libertad puedan mantenerse tajantemente separados, incluso en el plano conceptual, y señalan la posibilidad de reconducir los actos de libertad positiva hacia la libertad negativa al entender que la autonomía no es más que una secuencia de conductas posibles no interferidas por normas.<sup>124</sup> Como quiera que sea, me parece que tiene sentido mantener la distinción, no solamente porque es útil desde un punto de vista pedagógico, sino porque permite refinar el análisis de la conducta humana libre y ofrece una perspectiva más rica para comprenderla.

No escapó al análisis de Berlin, el hecho de que la libertad positiva puede tener una connotación individual y otra colectiva; la primera, como ya se ha mencionado, puede asociarse con la autonomía, mientras que la segunda se refiere a la autodeterminación, y es ejercida por colectividades sociales como las naciones, entidades federativas, minorías étnicas, etcétera. Una y otra ex-

<sup>123</sup> No es casualidad que Ermanno Vitale haya calificado la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli como “cripto-iusnaturalista”; véase su ensayo “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 267 y ss.

<sup>124</sup> Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’...”, *cit.*, no. 105, p. 37.

presión de la libertad positiva están conectadas, ya que un individuo es autónomo siempre que pueda contribuir a la toma de decisiones colectivas dentro de su comunidad, por ejemplo si tiene derecho a votar y ser votado. Michelangelo Bovero lo explica como sigue:<sup>125</sup>

Libre (en sentido positivo) o, mas bien, políticamente autónomo... es aquel sujeto que contribuye a producir las normas del colectivo político (del Estado) del cual él mismo es miembro. Pero con mayor razón serán autónomos los ciudadanos de aquellos Estados en los cuales les está reconocido a todos el derecho-poder de participar en el proceso decisional político, o sea, en aquel proceso que culmina con la asunción de las decisiones colectivas. En ello consiste la que debería llamarse propiamente *libertad democrática*, y que coincide con la atribución de los derechos políticos a todos los miembros (adultos) de la colectividad. En razón de dicha atribución, en efecto, ningún individuo resulta estar subordinado a una voluntad externa, que se impone desde lo alto y desde fuera, porque cada uno participa, al igual que todos los demás, en la determinación de la voluntad colectiva.

La libertad positiva ha sido reivindicada con mucha energía por las teorías neorrepblicanas, que sostienen la necesidad de entender a la libertad como un estado de no dominación.<sup>126</sup> De hecho, para dichas teorías, la distinción entre libertad negativa y libertad positiva tendría que ser superada para alcanzar un concepto más exigente que reflejara la posibilidad de una ausencia de dominio y no solamente de una ausencia de interferencia. Pettit, por ejemplo, sostiene que puede haber ausencia de interferencia en muchas de nuestras decisiones, pero que las mismas pueden estar profundamente determinadas por un sinnúmero de coerciones que nos obligan a elegir entre una u otra cosa. Lo im-

<sup>125</sup> Bovero, *Una gramática...*, cit., nota 8, p. 90.

<sup>126</sup> Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 40 y ss.

portante para preservar la libertad, asegura el mismo autor, es proteger a la persona de la dominación.<sup>127</sup> Vale la pena hacer una breve referencia al pensamiento de Philippe Van Parijs, quien es uno de los más destacados representantes de este enfoque sobre la libertad.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 43.

## V. LIBERTAD COMO NO DOMINACIÓN. PHILIPPE VAN PARIJS

Al mutilar todas las previsiones, la pobreza material se vive como carencia de autonomía y de proyecto, como obsesión por sobrevivir, como sensación de fracaso y de hundimiento social... la precariedad intensifica el trastorno psicológico, la convicción de haber fracasado en la vida.

Gilles LIPOVETSKY

De la mano de las teorías republicanas, autores como Philippe Van Parijs sostienen la necesidad de proteger la “libertad real” de todas las personas, asegurándoles los medios suficientes para que puedan escoger de forma verdaderamente libre sus objetivos vitales;<sup>128</sup> en sus propias palabras: “Se es realmente libre, en oposición precisamente a formalmente libre, en la medida en que se poseen los medios, no sólo el derecho, para hacer cualquier cosa que uno pudiera querer hacer”.<sup>129</sup> Eso se lograría, según este autor, por ejemplo a través de la asignación universal de un ingreso mínimo garantizado. Se trata de lo que muchos autores —incluido Van Parijs— han llamado el derecho a la “renta básica”.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> De este autor, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>130</sup> Parijs, Philippe van y Vanderborght, Yannick, *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Barcelona, Paidós, 2006. Véase

Como señala Francisco J. Laporta:

La situación de extremada indigencia o de carencia de cultura no provoca la imposibilidad de ciertas acciones, sino su alta improbabilidad y por tanto puede hablarse con sentido de que tales acciones están prohibidas o no permitidas. Naturalmente ser libre de realizar una acción para cuya puesta en marcha la probabilidad que tengo es cercana a la nada no producirá en mí un entusiasmo particular por esa libertad, pero tengo libertad para ponerla en marcha. Lo que la pobreza o la incultura producen no es una ausencia de libertad, sino una actitud de desdén hacia ella ante lo perentorio de la necesidad de acceder a otros bienes prioritarios.

La cita anterior de Laporta es interesante porque pone en evidencia que la idea de “libertad real” de Van Parijs no significa que sin contar con los medios de ejercerla una persona no sea libre desde un punto de vista jurídico o político. Una persona es libre en tanto que no exista una norma que le prohíba conducirse de X o Y manera, con independencia de si X o Y están o no dentro de su alcance real de posibilidades, diría Laporta. Van Parijs no negaría lo anterior, que es del todo cierto en la medida de que, en nuestras sociedades modernas, los derechos de libertad son derechos universalmente reconocidos a todos, en contraste a lo que sucedía en otros tiempos en los que la titularidad de ciertos derechos se hacía depender del nivel de ingresos o del grado de escolaridad que tuviera alguna persona. Pero aceptado lo anterior, Van Parijs seguramente preguntaría qué más podemos hacer para dotar de contenidos reales a la libertad, de manera que no sea solamente un juguete bonito dibujado en nuestros textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, pero inútil para llevar a cabo nuestros objetivos. Para este autor, corresponde a la teoría desarrollar una serie de esque-

también sobre el tema, Pisarello, Gerardo y Cabo, Antonio de (eds.), *La renta básica como nuevo derecho emergente*, Madrid, Trotta, 2006.

mas que hagan de la libertad algo más que una mera proclamación teórica, que no significa nada concreto para millones de personas que simplemente no tienen los medios para hacer que su existencia cotidiana sea *realmente* libre.

La pregunta importante es si debemos conformarnos con decirle a una persona que de hecho no puede ni siquiera comprarse unos zapatos que tiene libertad de tránsito y que, en esa medida, puede irse a descansar el fin de semana a una playa suntuosa con su familia, puesto que nadie le puede impedir que se desplace hasta ella. ¿Cómo hará uso esa persona de la libertad de tránsito?, ¿le diremos que, en el peor de los casos, puede ir y regresar caminando? (si la playa está a más de 50 kilómetros de distancia, la esperanza de llegar se vuelve una quimera), ¿pensará esa persona que en verdad la Constitución y el sistema de libertades que preserva son uno de los adelantos más portentosos de la racionalidad humana?

Desde luego, hay que ser conscientes de que no corresponde *solamente* a la ciencia jurídica ofrecer respuestas a la falta de medios para ejercer la libertad. También la sociología, la ciencia política, la filosofía y muy centralmente la economía tienen mucho que decir en éste asunto. Pero ello no significa que, desde la ciencia jurídica, no estemos obligados a señalar que junto con el reconocimiento de las libertades debemos intentar buscar los medios para hacerlas realidad, porque de otra manera serán adornos colgados de los textos constitucionales, seguramente muy bonitos e interesantes, pero con un radio de acción bastante limitado.

### 1. *Renta básica*

Sobre el derecho a la renta básica, Van Parijs apunta que:

Si se estableciera, una renta básica serviría como poderoso instrumento de justicia social: proporcionaría libertad real para todos, al proporcionar los recursos materiales que la gente necesita para perseguir sus aspiraciones... ayudaría a solucionar los dilemas po-

líticos de la pobreza y el desempleo, y serviría a los ideales asociados con los movimientos feminista y verde.<sup>131</sup>

En términos constitucionales se podría decir que la renta básica supone una propuesta para realizar en la práctica el tránsito desde una igualdad formal hacia una igualdad real de oportunidades y de recursos para todas las personas.<sup>132</sup>

Al ser una prestación monetaria, la renta básica aumenta la autonomía de las personas así como su capacidad de decisión sobre la mejor manera de organizar su existencia, haciendo realidad la utilización de la voluntad que reclamaba Isaiah Berlin en su defensa de la libertad positiva.

La renta básica podría permitir la separación conceptual y práctica entre ingresos y pertenencia al mercado laboral; es decir, con ella una persona no dependería de su posibilidad de trabajar para tener un ingreso que le asegurara al menos un umbral mínimo de bienestar, el cual a su vez se traduciría en un más amplio campo para tomar sus propias decisiones.<sup>133</sup>

## 2. Libertad y redistribución

La visión de Van Parijs es interesante porque, a diferencia a las posturas liberales más conocidas (como las de Constant, Mill, Berlin, Bobbio o Nino), nos obliga a reflexionar sobre el impacto real de nuestras prescripciones normativas y nos hace responsables de planteamientos que involucran el concepto de “medios para la libertad”. Si todo lo que la sociedad es capaz de ofrecerle

<sup>131</sup> “Una renta básica para todos”, en Raventós, Daniel (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 44.

<sup>132</sup> La distinción entre la igualdad formal y la igualdad real puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, cit., nota 4, pp. 270 y ss.

<sup>133</sup> Véase el argumento, en este sentido, de Miravet, Pablo, “El ingreso ciudadano”, en varios autores, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 392 y ss.

a uno de sus miembros es una declaración formal de que es libre para hacer X o Y, entonces muchos de esos individuos verán severamente limitado su radio de acción. No se trata de restar importancia al concepto “negativo” de libertad entendido como no interferencia; al contrario, como ya se ha dicho, sin esa vertiente de la libertad todo lo demás se desvanece. Sin libertad negativa no puede existir el espacio que requiere el ejercicio del libre albedrío y de la autonomía personal. Pero una teoría de la libertad no puede quedarse ahí. Debe pensar en todos los instrumentos para que la libertad, además de ser posible, también se realice.

La propuesta de Van Parijs, que ha encontrado un eco importante en algunos teóricos sociales, es la de la renta básica, a la que nos hemos ya referido de forma muy breve. Se trata de una discusión que, en los últimos años, ha ido creciendo y se ha vuelto más compleja, hasta el grado de que ha podido superar las frecuentes objeciones morales y económicas que se le suelen hacer. Lo que interesa destacar ahora es que, de la mano de las ideas de Van Parijs y de las aportaciones de los teóricos de la renta básica, pensar la libertad en el siglo XXI implica también ser capaces de asociarla con la redistribución de recursos dentro de una sociedad. No se trata solamente del viejo vínculo entre libertad e igualdad, sino de una cuestión que quizá va más al fondo del tema: no hay libertad real sin medios para ejercerla y esos medios suponen decisiones políticas y sociales a favor de una cierta redistribución de recursos.<sup>134</sup>

Es probable que en muchas sociedades se tenga un gran aprecio por la libertad. Si les preguntamos a sus integrantes de qué manera prefieren vivir y les damos a elegir entre la libertad que propicia, permite y ampara una democracia, o la falta de libertad propia de una dictadura, probablemente muchos de ellos se inclinarán por la libertad democrática. Sin embargo, no es difícil observar una falta de congruencia del discurso político hacia

<sup>134</sup> Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.

esta inclinación liberal de muchas sociedades contemporáneas. No son pocos los políticos, de todo signo, que han entrado a competir en una carrera irresponsable cuyo objetivo final es la rebaja permanente de impuestos. Lo peor de todo es que es tales propuestas son con frecuencia premiadas por los electores, de tal forma que representan una invitación a todas las formaciones políticas para incurrir en los mismos errores.

Debemos hacernos cargo de que las libertades (como todos los derechos fundamentales)<sup>135</sup> tienen un costo y que ese costo hay que pagarlo, de manera proporcional, entre todos. Si el Estado recolecta por vía de impuestos menos recursos, también será menor el gasto que se dirija a la satisfacción de nuestros derechos, lo cual afectará en primera instancia a aquellos colectivos sociales que menores recursos pueden destinar a satisfacer sus necesidades básicas.

Una sociedad madura debe ser capaz de resolver el dilema que tiene frente a sí cuando su clase política pretende bajar indiscriminadamente los impuestos. Puede hacer un ejercicio de comodidad en el corto plazo y respaldar electoralmente esas propuestas o puede pensar más allá del día de mañana y evaluar si una dotación menor de recursos públicos es la mejor forma de solucionar los problemas que tenemos todos y que pueden o deben ser resueltos —en alguna medida— por el Estado.

Holmes y Sunstein, al inicio de su conocido ensayo sobre el costo de los derechos, ponen un ejemplo banal, pero muy ilustrativo de lo que estamos diciendo.<sup>136</sup> Recuerdan que el 26 de agosto de 1995 se produjo un incendio en la región de Westhampton, que es una de las regiones naturales más bonitas de todo Estados Unidos. El incendio fue creciendo y en un momento dado ocupaba un perímetro de seis por doce millas. Era una tragedia com-

<sup>135</sup> Véase el muy cuidadoso argumento de Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Norton and Company, 1999.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 13.

pleta para el Estado de Nueva York, la peor en los últimos cincuenta años, según se encargan de precisar los autores. La historia sin embargo tuvo un final feliz debido a que se produjo una movilización impresionante de bomberos, policías y fuerzas militares de todos los niveles de gobierno (del condado, estatales y federales). Más de quinientos elementos dotados del mejor equipo contra incendios pudieron controlar el fuego y al final no se perdió ninguna vida humana.

El costo estimado de la operación fue de 2,9 millones de dólares. Si las arcas públicas no tuvieran los recursos necesarios para contratar bomberos, policías y soldados, si no pudieran dotarlos del equipo necesario para hacer su trabajo o si no tuvieran dinero para pagar la gasolina que necesitan sus vehículos, ¿cómo podríamos sentirnos seguros respecto a nuestros derechos? El ejemplo de Holmes y Sunstein puede aplicarse a muchas otras situaciones, incluyendo desde luego a los derechos de libertad, así como también al ejercicio efectivo de aquellos otros derechos que comportan un gasto social elevado (tanto de origen público como de origen privado), como lo son los derechos a la educación, a la salud y a la vivienda.

La idea de que rebajar impuestos es quitarle cargas al ciudadano es, por lo menos, falaz. En realidad supone quitarle cargas a unos, pero incrementarlas para otros. La administración del presidente George W. Bush llevó a cabo, con el voto de los representantes republicanos en el congreso estadounidense, una gran rebaja impositiva para los más ricos; la consecuencia fue que el gobierno dispuso de menos recursos para aliviar los problemas de pobreza, educación y sanidad que asolan buena parte del territorio estadounidense. Por proteger a unos pocos se dejó sin auxilio a muchos millones de personas.<sup>137</sup>

<sup>137</sup> Véase el contundente argumento sobre el caso contenido en Singer, Peter, *El presidente del bien y del mal. Las contradicciones éticas de George W. Bush*, Barcelona, Tusquets, 2004, pp. 39 y ss.

Ya lo dijo hace más de 100 años Oliver Wendell Holmes, el irrepitible juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos: “Los impuestos son el costo que pagamos por la civilización”. Y es un costo que se debe reflejar en nuestros derechos.

Abogar en México por una fiscalidad fuerte no está bien visto; esto sucede en muchos otros países, pero en el nuestro hay razones vernáculas por las que los ciudadanos no quieren pagar impuestos y, por ende, no quieren que se les aumente la carga fiscal. Sucede que históricamente los impuestos, o una parte de ellos al menos, no se han destinado al gasto público, sino que han servido para mejorar el nivel de vida... de los gobernantes. Es decir, la muy conocida tradición de prácticas corruptas por parte de los gobernantes ha terminado por engullir una parte de los recursos que los ciudadanos pagan a través de los impuestos.

¿Cómo se le puede pedir a un ciudadano que pague gustoso el impuesto predial cuando ve que cerca de su casa el presidente municipal se construye una gran mansión, gracias al desvío de recursos públicos?, ¿cómo puede estar satisfecho del uso dado a sus impuestos un ciudadano si tiene noticias del imparable tren de vida de funcionarios medianos y altos, o si observa la manera grotesca en que muchos de ellos dilapidan en cosas inútiles el dinero? Pero eso no es todo: el ciudadano que paga impuestos no siente que ese pago regrese en forma de derechos cumplidos; cuando tiene que hacer uso de un servicio público financiado con su dinero la experiencia en muchos casos lo horroriza y lo lleva a pensar acerca de la inutilidad de cualquier tipo de contribución al gasto público.

La atención al público en hospitales, agencias del ministerio público, escuelas, oficinas administrativas, sigue siendo —en términos generales— desastrosa. En muchos casos el ciudadano es obligado a pagar sobornos por obtener cualquier tipo de prestación a la que tiene derecho por ley: desde un crédito para vivienda hasta una medicina gratuita.

Los funcionarios públicos son vistos como enemigos y no como elementos de apoyo para la realización de los propios dere-

chos. ¿Por qué entonces contribuir para su enriquecimiento pagando impuestos? Cada vez que puede el ciudadano mexicano evade sus obligaciones impositivas.

Esa tendencia nacional, sin embargo, no oculta que Van Parijs tiene razón: la libertad real es la que tenemos que encargarnos de satisfacer. Los conceptos “negativo” y “positivo” de libertad no sirven si no es para mejorar la capacidad de las personas para cambiar sus vidas, para tomar las mejores decisiones y poder llevarlas a cabo. Eso requiere dinero y ese dinero se recolecta por vía de impuestos. Esa es la única ruta para hacer que nuestras libertades sean reales y en ella no hay atajos. Pero en México además es necesario combatir la corrupción y demostrarle al ciudadano que el pago de impuestos redunda en un mayor goce de sus libertades.

## VI. PELIGROS PARA LA LIBERTAD

La historia de la humanidad ha sido una constante lucha por conquistar mayores espacios de libertad, es decir, por asegurar a las personas la posibilidad de actuar sin condicionantes de ningún tipo.<sup>138</sup> Una lucha con desiguales resultados, con avances y retrocesos, como es obvio.

No es verdad que en un idílico estado de naturaleza la libertad estuviera asegurada en los comienzos de la historia humana y que la aparición del Estado o del gobierno haya supuesto su negación más inmediata; la libertad se ha ido ganando a través de una serie de batallas en las que se han sacrificado generaciones enteras (y por las que se siguen sacrificando muchas personas en nuestros días). Como escribe Mauro Barberis, “las sucesivas vicisitudes de la libertad natural nos advierten acerca de la oportunidad de desafiar imparcialmente cualquier mito de origen, contra cualquier pretensión según la cual la historia de la libertad ya estaría escrita en los comienzos”.<sup>139</sup> Una visión “naturalista” de la libertad no tiene fundamento histórico alguno. Por el contrario, la libertad es un triunfo de los modernos, apoyado y propiciado por constituciones, leyes y tratados.

Tradicionalmente, los condicionantes de la libertad han sido de tres tipos:<sup>140</sup> un condicionante psicológico, que ha actuado sobre las ideas, los ideales y las concepciones del mundo; un con-

<sup>138</sup> Un repaso histórico sobre el concepto de libertad puede encontrarse en Barberis, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>140</sup> Bobbio, *Igualdad...*, *cit.*, nota 103, p. 133.

dicionante generado por la posesión o no de la riqueza, es decir, la posibilidad de incidir sobre la conducta y sobre la voluntad de una persona en función de su riqueza o de su pobreza; y un condicionante generado por la coacción, es decir, la posibilidad de condicionar la conducta o la voluntad de una persona por medio del uso o de la amenaza de la fuerza.

Contra estas tres condicionantes se ha tenido que luchar durante siglos, sin que hasta la actualidad hayan sido derrotadas por completo. Contra la primera de ellas se ha luchado a través de la secularización del Estado, es decir, a través de la separación entre poder político y poder religioso;<sup>141</sup> contra la segunda a través de la promoción de mínimos vitales —por desgracia, solamente en algunos países— que aseguran a las personas un cierto bienestar económico para poder realizar sus planes de vida (se trata, para decirlo de forma simple, del conjunto de derechos sociales que se aseguran a todas las personas dentro de los modernos Estados constitucionales); contra la tercera se ha luchado a través de la racionalización del poder y por medio del sometimiento a límites en su ejercicio, tanto si se trata del poder público como del poder privado.

Estamos aún muy lejos de poder sentirnos satisfechos con las libertades que hemos alcanzado. Su amenaza en el mundo contemporáneo se manifiesta de muchas maneras. La historia parece demostrar que las libertades no pueden considerarse ganadas para siempre y que, por tanto, habrá que luchar por ellas de forma permanente, distinguiendo en cada etapa histórica las distintas fuentes de poder que las amenazan. Esto se aplica tanto a las libertades que han ido surgiendo más recientemente en el tiempo

<sup>141</sup> Una narración histórica sobre este tema puede verse en Burleigh, Michael, *Poder terrenal. Religión y política en Europa. De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial*, Madrid, Taurus, 2005; así como Burleigh, Michael, *Causas sagradas. Religión y política en Europa. De la Primera Guerra Mundial al terrorismo islamista*, Madrid, Taurus, 2006.

(por ejemplo, las que tienen que ver con los avances tecnológicos), como a las más antiguas y tradicionales.

Por lamentable que parezca, en nuestro tiempo las clásicas libertades, las más básicas, siguen estando amenazadas; es el caso de la libertad de expresión, que hoy depende en buena medida, para ser efectiva, del acceso a los medios masivos de comunicación, sometidos en su mayor parte a los dictados de los intereses económicos de sus dueños; lo mismo sucede con la libertad religiosa, expuesta al riesgo permanente de los fanatismos y a la deriva totalitarista que han tomado algunas vertientes de las religiones tradicionales como el catolicismo o el islamismo.

De lo anterior se desprende, entre otras cosas, la necesidad de desenmascarar los usos retóricos o simplemente falsos que se hacen de la libertad, distinguiendo entre la verdadera libertad y la falsa libertad que consiste en que el más fuerte (política, económica, militar o físicamente) imponga su propia voluntad. Bobbio recuerda la cruel paradoja que significó la leyenda que estaba en la entrada de los campos de concentración y exterminio nazis: “El trabajo nos hace libres”.<sup>142</sup>

Muchos discursos políticos se adornan utilizando la palabra libertad, pero la niegan de inmediato, cuando los candidatos dan a conocer propuestas que van en dirección contraria a los más elementales postulados liberales.

Un análisis más o menos certero de la libertad en el mundo del siglo XXI debe dar cuenta de los tres factores de riesgo que se han mencionado, a fin de ir desgranando las limitaciones concretas a las que se enfrenta en nuestros días la libertad, así como la forma en que pueden ser superadas. De eso tratan los siguientes apartados.

<sup>142</sup> Bobbio, *Igualdad...*, cit., nota 103, p. 154.

## VII. LIBERTAD Y MIEDO

Miedo siempre, miedo en todas partes.

Lucien FEBVRE

Los nuestros vuelven a ser tiempos de miedos.

Zygmunt BAUMAN

La historia de la humanidad ha estado marcada por el miedo, como lo han reconocido destacados pensadores entre los que se suele citar a Hobbes. El miedo está presente en nuestras vidas desde la infancia. Ha incidido en el rumbo de algunas de nuestras decisiones desde tiempos remotos y, de alguna manera, lo sigue marcando en la actualidad.

De hecho, nunca como en nuestro tiempo ha existido una estrategia tan obvia y tan deliberada para extender el miedo, y contribuir de esa manera a determinar la forma en que vivimos y las decisiones que tomamos.

El miedo de nuestra época se ha vuelto disperso, omnipresente y además es multicausal, pues lo mismo proviene de los riesgos que derivan del cambio climático que de factores vinculados con la inseguridad pública. Y por eso mismo es más efectivo, pues como señala Bauman:

El miedo es más temible cuando es difuso, disperso, poco claro; cuando flota libre, sin vínculos, sin anclas, sin hogar ni causa nítidos; cuando nos ronda sin ton ni son; cuando la amenaza que

deberíamos temer puede ser entrevista en todas partes, pero resulta imposible de ver en ningún lugar concreto.<sup>143</sup>

El miedo determina nuestra conducta, afecta a la libertad al ejercer influencia sobre el uso que le damos a nuestra autonomía personal. Las decisiones que tomamos en nuestra vida cotidiana están condicionadas por el miedo. En esa virtud, el miedo tiene que ser un componente explicativo de cualquier análisis moderno sobre la libertad.

¿A qué le tenemos miedo? Es de nuevo Bauman uno de los autores que ha explicado con mayor sencillez los tipos de miedo a los que se enfrentan los ciudadanos del siglo XXI:<sup>144</sup>

a) miedo a los peligros que amenazan a nuestro cuerpo (nuestra integridad corporal) y a nuestro patrimonio (nuestras propiedades, nuestros bienes);

b) miedo a los peligros que afectan nuestro medio de vida, ya sea por causas naturales o por actos humanos; y

c) miedo a los peligros que ponen en entredicho (o pueden poner en entredicho) nuestra posición en el mundo, nuestra identidad, nuestro rol social y que de materializarse nos pueden arrojar a la degradación y exclusión sociales.

Analicemos con más detalle estas tres maneras de manifestación de los miedos contemporáneos.

### 1. *Riesgos del cuerpo*

Es obvio que el más elemental de todos nuestros miedos tiene que ver con nuestro propio cuerpo, con la integridad física de cada uno de nosotros como personas. ¿por qué en las sociedades contemporáneas tenemos preocupaciones relacionadas con nues-

<sup>143</sup> Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 10.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 12.

tro cuerpo? Hay muchas dimensiones que se pueden citar para dar contestación a esta pregunta. Y aquí, como en otros asuntos relacionados con la libertad, el contexto importa mucho.

Mientras que en algunos países la gente se preocupa por su supervivencia física, puesto que no tienen alimentos suficientes o su salud está severamente dañada, en otros las preocupaciones son por razones opuestas, ya que les atemoriza no poder controlar su peso e incurrir en patrones (bien estudiados) de obesidad y riesgos cardiovasculares. La salud física, por tanto, suministra en uno u otro sentido un primer riesgo generador de miedos en las sociedades contemporáneas.

Pero existen muchos otros en relación al cuerpo. La posibilidad de ser torturado, que no es nada remota todavía en muchos países; de ser sometido a vejaciones y abusos por parte de los agentes de la autoridad, es otro factor de miedo. En este caso, el miedo es generado y soportado desde el gobierno, responsable en última instancia, por acción o por omisión, de que sucedan atrocidades en forma de torturas y malos tratos.

Este miedo a ser detenido y torturado también es graduable en función del contexto social y económico en el que se vive. Esto es así ya que no son pocos los países que practican la tortura y que además tienen un alto grado de corrupción policiaca. De hecho, corrupción de la policía y tortura podrían ser dos caras de la misma moneda. Por eso es que las personas que tienen cierto nivel económico o que viven en determinados barrios acomodados de las grandes ciudades están menos preocupadas que otras personas que responden a un cierto perfil de criminalización: personas jóvenes, de bajo nivel económico, que viven en barrios marginales, sin empleo y con escaso nivel educativo. Esos jóvenes saben que la arbitrariedad policiaca se puede cebar en ellos, y que la tortura o el maltrato en las dependencias oficiales no es algo que se pueda descartar, sino más bien todo lo contrario. Viven con mayor temor, y su trato con los agentes de la autoridad siempre es más lejano y marcado por la desconfianza.

A todos sus problemas se añade el riesgo de no poder pagar una buena defensa jurídica, lo que dificulta enormemente el salir bien librado de una detención arbitraria o incluso el poder acusar a algún agente oficial de haberse extralimitado en sus funciones. En México hay suficientes datos empíricos que acreditan la “focalización” del sistema penal en personas de bajos recursos económicos, susceptibles de sufrir incontables abusos a manos de la policía.<sup>145</sup>

Un tercer factor de miedo en relación al propio cuerpo deriva de la penalización de ciertas prácticas que nos obligan a sufrir consecuencias corporales no deseadas. Es el caso de la penalización del aborto o de la falta de regulación legal de la eutanasia.<sup>146</sup> En ambos casos se utiliza a nuestro cuerpo para fines que le son ajenos, obligándonos a asumir consecuencias que no deseamos. Con el agravante, como en el caso anterior, de que las peores consecuencias son para las personas que tienen menos recursos, pues para las demás es relativamente fácil dar con la vía idónea para lograr su objetivo, ya sea la interrupción de su embarazo o el terminar con su vida cuando toda esperanza ha dejado de existir o cuando ya no se tienen ganas de seguir sufriendo por una enfermedad incurable.

La instrumentalización del cuerpo de las mujeres como efecto de la consideración penal del aborto no es nueva. Como lo ha escrito Luigi Ferrajoli:

El cuerpo de las mujeres, a diferencia del de los hombres, ha sido siempre un campo de conflictos y de discursos públicos —jurídicos, éticos, políticos— así como de prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. En suma, ha si-

<sup>145</sup> Algunos de estos datos pueden verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 2a. ed., México, Porrúa-Renace-UNAM, 2008, cap. I.

<sup>146</sup> Sobre ambos aspectos, debe verse la muy completa exposición de Carpiño, Jorge y Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 80.

do... objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sino sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios.<sup>147</sup>

## 2. Tortura

Quizá el tema de la tortura, como riesgo para nuestra integridad corporal y detonante de nuestros miedos, merezca un análisis más detenido en alguno de sus aspectos. En particular, creo que debemos llamar la atención sobre el hecho de que en muchos países tradicionalmente considerados como democráticos (es el caso de los Estados Unidos o de Inglaterra, por poner solamente dos ejemplos) se está discutiendo una cuestión que debería estar ya superada: la de la legitimidad de la tortura en los interrogatorios realizados a personas detenidas por ser sospechosas de cometer actos terroristas. Se trata de un tema que afecta radicalmente, creo, nuestra comprensión de las libertades públicas, pues sin estar protegidos frente al abuso que significa la tortura, será muy poco lo que podamos hacer como seres dotados de autonomía.

Lo cierto es que, desde hace unos años, publicaciones de gran prestigio le han dedicado editoriales al tema, y lo mismo ha sucedido con espacios de debate en la televisión y en la radio, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. Incluso hay series de televisión, seguidas por millones de telespectadores en muchos países, en las que se justifica la tortura como medio para arrancar información de presuntos terroristas.

Las discusiones comenzaron luego de los atentados del 11-S, cuando la sociedad estadounidense todavía estaba en *shock* por lo acontecido, y cuando no se tenía certeza sobre la capacidad de ataque de los asesinos que actúan a las órdenes de Osama Bin

<sup>147</sup> Ferrajoli, Luigi, "Las libertades en el tiempo del neoliberalismo", *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 203, febrero de 2008, pp. 9 y 10.

Laden. A muchos analistas e intelectuales les preocupaba la posibilidad de un nuevo atentado en una gran ciudad de los Estados Unidos, utilizando esta vez no aviones comerciales como proyectiles, sino quizá “bombas sucias” o incluso bombas nucleares. La presión de la ciudadanía era grande y los gobernantes reaccionaron (ahora lo tenemos muy claro) con precipitación y sin fundamento. Pero la duda acerca de la legitimidad “social” de la tortura quedó instalada en el corazón del debate público de muchas democracias.

Con el paso del tiempo, conforme la administración del presidente George W. Bush era exhibida internacionalmente por haber cometido toda clase de atrocidades en su combate al terrorismo, la discusión fue haciéndose más sutil y se centró no ya propiamente en la legitimidad de aplicarle métodos de tortura a un detenido, sino en la definición de lo que se debía entender por tortura.<sup>148</sup>

Algunos abogados del gobierno federal de los Estados Unidos defendieron que ciertas prácticas que podrían ser consideradas crueles o agresivas no entraban en el concepto de tortura y por tanto debían ser admitidas en el curso de los interrogatorios, sobre todo en el caso de los detenidos bajo sospecha de terrorismo que permanecían en esa especie de limbo legal que es la base estadounidense de Guantánamo.<sup>149</sup>

Lo peor de todo es que la discusión no se quedó en el terreno teórico, sino que las nuevas “técnicas” de interrogatorio fueron puestas en práctica no solamente por las autoridades de Estados

<sup>148</sup> Las publicaciones sobre el tema, en el terreno estrictamente académico, son muy abundantes; para una primera revisión pueden verse las siguientes obras: Greenberg, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; y Levinson, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

<sup>149</sup> Véase el análisis que hace Cole, David, “The Man Behind the Torture”, *The New York Review of Books*, vol. LIV, núm. 19, 6 de diciembre de 2007, pp. 38-43.

Unidos, sino por la policía de otros países. México es uno de ellos. El problema es tan serio y de tanta gravedad que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos le tuvo que dedicar su recomendación general número 10 (expedida el 17 de noviembre de 2005), referida precisamente a la cuestión de la tortura.<sup>150</sup> Se trata de un documento del mayor interés para comprender el tema de la libertad en nuestro tiempo.

El punto de partida que señala la Comisión no puede ser más preocupante: la tortura sigue siendo un método empleado por la policía mexicana para investigar la comisión de algún delito. Esta afirmación, por sí sola, debería ser un escándalo, pero hay algo todavía peor. En las decenas de quejas que ha recibido la Comisión en los últimos años sobre el tema de la tortura está apareciendo un fenómeno nuevo: la evolución de los métodos con que se practica el suplicio y con que se inflingen daños corporales y psicológicos.

Tal parece, de acuerdo con la Comisión, que la mayor capacitación que ahora tienen los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, se ha correspondido con una mayor “diligencia” (por llamarla de alguna forma) al momento de torturar.

Las técnicas se han vuelto tan refinadas que ya no dejan huellas visibles sobre el cuerpo de los detenidos. En muchas ocasiones se emplean métodos de tortura psicológica. Por ejemplo, se detiene a una persona de forma violenta, sin que sepa que la detención la practican oficiales de policía, puesto que nunca se le muestra una orden oficial de detención; el sujeto es “paseado” durante horas sin que tenga claro si está en manos de secuestradores o de agentes de la autoridad. Luego es llevado a una casa de seguridad donde se le mantiene encerrado, sin alimentos y sin poder dormir durante varios días. Al final se le somete a un interrogatorio en el que confiesa lo que quieren oír sus captores,

<sup>150</sup> El texto completo del documento puede encontrarse en [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx).

pues a estas alturas ya es presa de una angustia psicológica insuperable. En ocasiones, cuando en vez de una persona son detenidas varias, se practican “ejecuciones simuladas” en habitaciones contiguas, como una forma de asustar al detenido y obligarlo a que confiese antes de que “sigan con él”. Incluso hay casos en los que se detiene también a familiares para obligar a un sujeto a confesar su participación en algún delito.

Otra práctica común, dice la Comisión en su recomendación general, es obligar a un detenido a estar durante varias horas en posiciones incómodas (por ejemplo en cuclillas o parado con la espalda doblada hacia atrás o hacia los lados). También se ha constatado la aplicación de fuertes golpes con tablas en oídos, espalda y glúteos. La idea es hacer que el detenido pierda su resistencia física o psicológica y quede a merced de sus captores. Todo esto no deja huellas exteriores visibles, pero puede ser causa de enormes dolores —en el corto plazo— y de diversos grados de discapacidad física o psíquica en el futuro.

Los ejemplos de ese tipo de prácticas se podrían multiplicar hasta sumar docenas. Lo importante es denunciar el hecho de su existencia y exigir a las autoridades que actúen para evitarlas. Varios relatores de derechos humanos de la ONU han señalado en sus visitas a México que junto con la preocupación por la persistencia de la tortura, lo que reviste mayor gravedad es la total impunidad que existe para quienes la cometen. Los torturadores casi nunca son detenidos y las víctimas no reciben las reparaciones e indemnizaciones a las que tienen derecho.

Para erradicar o al menos disminuir la presencia de estas modalidades de tortura en las investigaciones penales es necesario adecuar las leyes (sobre todo las de las entidades federativas) al marco de lo que establece el derecho internacional de los derechos humanos, así como dotarnos de instrumentos más avanzados que nos permitan detectarla no solamente cuando deje huellas en el cuerpo, sino también cuando se practique mediante terror psicológico o suplicios invisibles en un primer momento.

Luigi Ferrajoli nos indica, acertadamente, que “en ninguna otra materia como en ésta, las normas penales tienen un valor educativo y, por así decirlo, performativo del sentido moral, del espíritu cívico y de la deontología profesional de las fuerzas de policía”.<sup>151</sup> No hay que olvidar que las leyes son también instrumentos que envían mensajes a sus destinatarios y que, en esa virtud, aspiran a jugar un cierto papel pedagógico.

Además, es necesario que los médicos forenses que revisan el estado físico de los detenidos que la policía pone a disposición del Ministerio Público tengan independencia orgánica respecto a las procuradurías o fiscalías, pues de otra forma es común que los propios policías presionen a los doctores a fin de que asienten en las actas de reconocimiento que los detenidos no presentan lesiones o que se las hicieron solos. Los médicos, según ha podido verificar la Comisión Nacional, muchas veces son cómplices en la tortura.

También es importante el papel de los jueces, que deben ser muy estrictos al momento de darle valor probatorio a la confesión del inculcado o a la denuncia que el mismo haga sobre las condiciones en que fue detenido. Si entre el momento de la detención y la puesta a disposición ante el Ministerio Público o ante el juez pasa un tiempo demasiado largo, sería suficiente motivo para presumir la comisión de actos de tortura; ese debería ser el criterio jurisprudencial de nuestros jueces penales. Y si una detención es practicada violando la ley, aunque luego aparezcan pruebas contundentes en contra del detenido, todo el proceso penal debe declararse nulo, pues estaría afectado por un vicio de origen no reparable en forma alguna.<sup>152</sup> Esto supondría una

<sup>151</sup> Ferrajoli, Luigi, “Las libertades”..., *cit.*, nota 147, p. 8.

<sup>152</sup> No hay que confundir este tipo de nulidad procesal con el principio de nulidad de pruebas ilícitamente obtenidas. Lo primero sirve para proteger los derechos fundamentales de las personas que enfrentan un proceso penal, y que deben estar en todo momento protegidas de acuerdo a lo que señale la Constitución. El segundo principio tiene por objeto que las pruebas rendidas en juicio

presión muy importante para que la policía cuidara en extremo las condiciones en que una persona es detenida.

Lo relevante es no dejar que el tema pase como si fuera uno más en el enfervorizado escenario público nacional. La tortura es una violación suprema a los derechos fundamentales y a nuestras libertades; su práctica nos lastima y nos ofende a todos. Aunque no es un consuelo, por lo menos en México la CNDH reconoce sin ambages que las prácticas que se han mencionado constituyen en efecto tortura. En otros países siguen discutiendo su consideración legal.

### 3. *Riesgos de nuestro medio de vida*

Hay un tipo de peligros que nos producen miedo, aunque no están directa y personalmente relacionados con nosotros, sino que abarcan a grupos sociales más grandes. Hemos mencionado que dentro de estos riesgos se encuentran algunos producidos por la naturaleza y otros que son resultado de los actos humanos. Cada una de estas dos distintas manifestaciones del riesgo merece un análisis por separado.

#### A. *Riesgos naturales*

Los embates de la naturaleza afectan nuestra libertad; el tema del cambio climático y su eventual conexión con fenómenos de catástrofes naturales (sobre todo huracanes y *tsunamis*) ha irrumpido con fuerza en el debate público y ha obligado a muchos paí-

hayan sido obtenidas sin violar derechos fundamentales; si no cumplieran con ese requisito simplemente no podrían ser tomadas en cuenta por la autoridad judicial, pero el proceso podría seguir adelante si es que hubieran elementos adicionales para tal efecto. Sobre el principio de “exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas” puede verse, de entre la mucha literatura existente al respecto, Fidalgo Gallardo, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1, LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.

ses a tomar medidas de choque para evitar que continúe degradándose la calidad de nuestro medio ambiente. Algunas de esas medidas quizá afecten nuestra libertad en aspectos cotidianos de la existencia, como el uso del automóvil, los materiales con que están confeccionados los envoltorios de productos básicos, el combustible que utilizamos para calentar o para enfriar nuestros hogares, etcétera.

Aunque sobre este punto habría que matizar que algunos actos que realizamos en uso de la libertad y que tienen consecuencias medioambientales, quizá no deban considerarse totalmente libres a la luz del principio de daño de John Stuart Mill. Para decirlo en otras palabras: muchos de nuestros actos suponen un daño al ambiente y, a través de él, a nuestros semejantes. En virtud de que resultan dañinos, quizá no puedan ubicarse como “actos libres”, sino que podrían o deberían estar sujetos a ciertos límites.

Como quiera que sea, lo cierto es que las inundaciones, los huracanes, los deslizamientos de tierra, los terremotos, las sequías o las olas de calor han pasado a formar parte de las amenazas a nuestra libertad y suponen de hecho límites a nuestra capacidad para tomar decisiones.<sup>153</sup> No podemos controlar la existencia de estos fenómenos (o, al menos, no del todo) y sus consecuencias son imprevisibles. Producen miedo porque no sabemos calcular con precisión el momento en que se producirán ni somos capaces de medir sus consecuencias. En algunos casos, ni siquiera contamos con explicaciones claras sobre sus causas, con lo cual se nos dificulta notablemente tomar medidas para evitar su ocurrencia en el futuro.

México es un país especialmente vulnerable a muchos de estos fenómenos naturales. Tenemos en el territorio nacional amargas experiencias con los terremotos, que han producido víctimas mortales que se cuentan por decenas de miles, además de daños económicos incalculables. Aunque a partir del sismo del 19 de

<sup>153</sup> Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido...*, cit., nota 143, p. 13.

septiembre de 1985 se han tomado medidas radicales en materia de protección civil y se ensayan con cierta regularidad simulacros para evacuar edificios, lo cierto es que todavía somos vulnerables a nuevas sacudidas de la tierra, sobre todo en virtud de la mala calidad de algunas edificaciones, y por la composición del suelo en algunas partes del territorio nacional (el caso del Distrito Federal es bastante sintomático, pero no es el único).

Lo mismo sucede con los huracanes, tomando en consideración las amplias franjas litorales que rodean al este y al oeste del territorio nacional. Con un agravante: en las playas mexicanas se ha practicado un urbanismo salvaje y fuera de toda regla en los últimos años, permitido por la especulación de los constructores y por la corrupción de las autoridades. Esto puede generar que en el futuro muchas construcciones se vean en grave peligro si sube el nivel del mar o si se incrementa la frecuencia o la fuerza de los huracanes.

También respecto de la sequía nuestro país presenta graves problemas, varios de los cuales necesariamente afectan a nuestra libertad y a nuestra calidad de vida. La falta o escasez de agua influye, por ejemplo, en nuestra libertad para establecer el domicilio en ciertas entidades federativas o bien para desarrollar proyectos empresariales o educativos en algunas de ellas. La falta de agua es una realidad en buena parte del territorio nacional, y lo seguirá siendo en el futuro, con todo lo que ello implica respecto a los riesgos para nuestro medio de vida. No se trata, con todo, de un problema solamente nacional.

Las cifras disponibles nos indican que el problema de la sequía y de la falta de agua afecta a buena parte del planeta. Informes de la ONU afirman que mil quinientos millones de personas no tienen acceso a agua potable en el mundo, y cuatro mil millones carecen de servicios de saneamiento adecuados. Un dato todavía más escalofriante, si cabe: el 80% de las enfermedades se transmiten a través del agua, lo cual demuestra la necesidad de asegurar un cierto nivel de calidad en la provisión del líquido.

El futuro no se presenta muy halagüeño; la ONU calcula que para 2025 cerca de tres mil millones de personas en todo el planeta sufrirán escasez de agua; hacia 2050 se estima que siete mil millones en 60 países sufrirán escasez de agua, aunque si las tendencias se corrigen, dicha escasez afectará únicamente a dos mil millones de personas en 48 países.<sup>154</sup>

### B. *Riesgos humanos*

Pero los fenómenos naturales son solamente una parte de los riesgos que se nos presentan en el siglo XXI y que pueden determinar cambios profundos en nuestro medio de vida. Hay otros provocados ya no por la acción de la naturaleza, sino por actos directamente producidos por los seres humanos. En esta categoría podemos mencionar al terrorismo, los crímenes violentos, las agresiones sexuales, el envenenamiento del agua o del aire, etcétera.<sup>155</sup>

El terrorismo es un tema sobre el que se pueden escribir cientos, acaso miles, de páginas. Los actos terroristas han marcado la historia del siglo XXI, comenzando por el que más repercusiones ha tenido: la masacre del 11 de septiembre del 2001 sobre suelo de los Estados Unidos. Pero luego de esa tragedia, el terrorismo fundamentalista ha seguido golpeando a lo largo y ancho del planeta, cobrando centenares de vidas en su espiral de muerte y sufrimiento. Hemos visto atrocidades terroristas en Beslán, Londres, Madrid, Casablanca, Moscú, Yakarta, Bagdad y en un largo etcétera. Solamente en las Torres Gemelas de Nueva York murieron casi tres mil personas. A ellas se suman miles de muertes que se van acumulando sin sentido a lo largo del planeta.

<sup>154</sup> Estos datos y otros sobre el tema pueden verse, con la cita de las fuentes de las que fueron tomados, en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 4, pp. 989 y ss.

<sup>155</sup> Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido...*, *cit.*, nota 143, p. 13.

También los crímenes violentos suponen un riesgo para nuestro medio de vida, en la medida en que pueden afectar a nuestro entorno, así como la forma en que tomamos decisiones. De hecho, en América Latina, en general, y en México, en particular, el fenómeno de la delincuencia, sea común o sea organizada, afecta profundamente la calidad de vida de sus habitantes. La violencia de la criminalidad se expresa de forma dramática a través de los asesinatos, los robos violentos, las violaciones, los secuestros, etcétera. El Estado se ha visto rebasado por una criminalidad desatada, que cuenta a veces con mejores recursos y más armas que las autoridades.

No es difícil imaginar que son precisamente las armas las que han lanzado a la región de América Latina hasta niveles insoportables de violencia, y hasta tasas delictivas que no existen en otras latitudes (el caso de los Estados Unidos merece un análisis por separado, ya que la criminalización de una parte importante de su población, medida a través del número de personas encarceladas, rebasa todo tipo de parámetro internacional).<sup>156</sup>

<sup>156</sup> Los datos de personas encarceladas que nos ofrece el *Bureau of Justice Statistics* (BJS), para el 30 de junio de 2006, reportan que en todos los establecimientos penitenciarios de los Estados Unidos se encontraban recluidas dos millones 245 mil 189 personas; de ese gran total, el 7% (equivalente a 111 mil 975 personas) estaban en cárceles privadas (*private facilities*). Entre el 2005 y el 2006, el número de personas encarceladas había crecido un 3%. Solamente durante 2005 fueron llevadas a la cárcel 733 mil nueve personas, lo que equivale a 2 mil ocho diarias y 61 mil 84 al mes. En Estados Unidos se tiene una tasa de encarcelamiento de 750 personas por cada cien mil habitantes, lo que equivale a decir que una de cada 133 personas que residen en ese país está en la cárcel. Solamente en el Estado de California hay 175 mil 115 presos, con datos de junio de 2006. En otros países, la tasa de encarcelamiento es notablemente menor; en Japón es de 40 personas por cien mil habitantes, en Suecia de 60 por cien mil, en Francia de 90 por cien mil, en Inglaterra de 156 por cien mil. Esas tasas descomunales de encarcelamiento tienen, desde luego, un cierto rasgo racista. Las personas de color o afro-descendientes de sexo masculino tienen 6.5 más veces de pisar la cárcel en su vida que las personas blancas del mismo sexo. El 4.8% de todas las personas de color está presa (una de cada 123), al igual que el 1.9% de todos los hispanos (uno de cada 353) y el 0.7% de los

Lo cierto es que existe acreditada evidencia que muestra una relación estrecha entre la tenencia de armas y el incremento de la violencia. El caso más claro es el de los Estados Unidos, en donde la población tiene en sus manos 65 millones de pistolas y revólveres de todo tipo; el 39% de los hogares de ese país tiene un rifle. Eso explica, por ejemplo, que cada año se reporten 130 mil heridos por arma de fuego.<sup>157</sup>

En México, el tema de las armas es especialmente delicado, puesto que muchas de ellas —las permitidas y las prohibidas— han terminado de una u otra manera en manos de la delincuencia común y de la delincuencia organizada. Para darnos una idea de la criminalidad alrededor de la posesión de armas, basta considerar que durante 2001 fueron sentenciadas por el uso de armas prohibidas 10 mil 61 personas.<sup>158</sup> A esa cifra impresionante hay que agregar la mucho mayor que se deriva no de la mera tenencia de armas prohibidas, sino de su uso en contra de la vida, integridad personal y bienes de los demás habitantes del país.

Las agresiones sexuales, y en particular la violencia machista, también es un factor que pone en riesgo nuestra forma de vida y limita nuestras libertades. Es fácil imaginar las muchas limitacio-

blancos (uno de cada 588). Esto significa que uno de cada tres hombres de color pisarán la cárcel al menos una vez en su vida, y lo mismo sucederá con uno de cada cinco hispanos. Un joven de color en California tiene cinco veces más posibilidades de ir a la cárcel que de acudir a una universidad. En el Estado de Illinois, había en 1999 10 personas de color presas, por cuatro de esa misma raza que iban a la escuela; es decir, había 10 mil personas de color más en las cárceles, que el número total de personas de esa raza en las escuelas. En ese mismo Estado, una persona de color tiene 57 veces más posibilidades de ser encarcelada por cuestiones de drogas que una persona blanca. El 74% de todos los sentenciados por posesión de drogas en Estados Unidos son personas de color, a pesar de que representan solamente una octava parte de la población del país. Los datos anteriores pueden verse, con sus respectivas fuentes, en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven...?*, cit., nota 145, pp. 107 y 108.

<sup>157</sup> *El País*, 28 de abril de 2003.

<sup>158</sup> *La Jornada*, 7 de mayo de 2003.

nes que sufren las mujeres en México (y en otros países) por ser objeto de burlas, tocamientos, acosos y violaciones, por parte de los hombres. La agresividad sexual que sufren las mujeres determina en muchos casos el nivel de estudios hasta el que pueden llegar, los empleos a los que pueden optar, la atención que se les presta en muchas oficinas públicas, su consideración dentro de la familia e incluso su forma de vestir.

En algunas entidades federativas de la República mexicana se han documentado fenómenos masivos de violencia contra las mujeres, algunos de los cuales (como el muy conocido de Ciudad Juárez, en el estado de Chihuahua) han sido calificados como “feminicidios”, y han merecido la atención de las agencias internacionales encargadas de vigilar el respeto a los derechos humanos.

Finalmente, se impone un comentario, aunque sea breve, acerca del miedo que deriva de sufrir un envenenamiento del agua, de los alimentos o del aire. No se trata de algo puramente teórico o que sea producto de la imaginación de algún novelista. En la década de los ochenta del siglo XX asistimos a la mayor tragedia nuclear de la historia, causada por la explosión de la central de Chernóbil (dentro del territorio de lo que ahora es la República de Ucrania), cuyos efectos todavía están presentes entre los pobladores de varias decenas de kilómetros a la redonda, incluyendo a los más de 381 mil obreros que se hicieron cargo de las reparaciones de los generadores nucleares afectados y de la limpieza de las tierras adyacentes (fueron afectados más de 150 mil kilómetros cuadrados).

El miedo generado por esa explosión se acredita por un dato escalofriante: en los años siguientes al desastre (la explosión tuvo lugar en la madrugada del 26 de abril de 1986, cerca de la una de la noche) miles de mujeres de Ucrania y de la vecina Bielorrusia que por una u otra razón habían quedado embarazadas, decidieron abortar. La cifra de dichos abortos fue igual al 30% de todos los nacimientos que se produjeron en Europa Oriental entre 1986 y 1997. También aumentó (en algunos casos hasta lle-

gar al 25% del total de embarazos) las pérdidas naturales de productos de la concepción, lo cual se pudo haber producido por la sensación de pánico de las madres sobre la salud de los hijos por haber estado expuestas a la radiación.

Pero esa no fue la única tragedia ocasionada por nuestra capacidad de envenenar el ambiente y todo lo que nos rodea. Más adelante vimos surgir la crisis de la gripe aviar, que fue transmitida a los humanos y desencadenó una movilización mundial para contener su posible dispersión por los cinco continentes, así como la llamada “crisis de las vacas locas”, que derivó también de un pésimo manejo de la carne destinada a consumo humano.

Todos estos fenómenos atizan el miedo de los ciudadanos y los hacen extremar sus cuidados frente a los productos que consumen o frente a los políticos que proponen generar electricidad a través de la energía nuclear. El miedo se proyecta de esta forma en nuestras preferencias como consumidores (vigilando la procedencia de la carne que consumimos, bebiendo solamente agua purificada, etcétera).

Por si lo anterior fuera poco, las posibilidades de que varios de los factores enunciados se combinen no son lejanas. De hecho, en medios de inteligencia de los Estados Unidos se ha advertido sobre la posibilidad de que los próximos ataques terroristas afecten a la red de distribución de agua de alguna gran ciudad.

Se trata de amenazas inciertas, ambiguas, vagas, pero omnipresentes. Muchas de ellas buscan simplemente ser eso: amenazas destinadas a estimular el consumo de ciertos productos o a alentar la psicosis de los ciudadanos para que voten por tal o cual partido (a los partidos en el gobierno siempre les viene muy bien que la población tenga miedo, pues en un contexto de temor generalizado se suele premiar a los candidatos que ya están en el poder, resultando más difícil para la oposición ganar las elecciones). Pero como quiera que sea, lo cierto es que tales amenazas influyen en nuestra conducta, en la forma de representar nuestra existencia y en el ejercicio de nuestra autonomía personal.

Bauman nos recuerda una frase de Timothy Garton Ash que creo que viene a cuento con lo que se acaba de decir; dice Ash: “Eliminemos los ingredientes elementales de la vida organizada y civilizada —comida, vivienda, agua potable y un mínimo de seguridad personal— y, en cuestión de horas, estaremos de regreso al estado de naturaleza hobbesiano, a una guerra de todos contra todos”.<sup>159</sup> Esta frase resume el grado de vulnerabilidad de nuestra civilización, lo que equivale a decir el grado de vulnerabilidad de todos y cada uno de nosotros.

Un elemento adicional a considerar, propio de los turbulentos tiempos que corren en el siglo XXI, es el hecho de que la capacidad de producir daños a través del envenenamiento de alimentos, del agua o de la atmósfera se ha “democratizado”, por decirlo de alguna forma. Mientras que durante la Guerra Fría podíamos estar seguros de que los arsenales nucleares estaban bajo el control de fuerzas militares a las órdenes de gobiernos civiles, ahora sabemos que grupos terroristas pueden hacerse con materiales radioactivos y que las instrucciones para fabricar bombas caseras o mezclas de químicos mortales para nuestra salud circulan libremente por Internet.

La caída del Muro de Berlín y el desmantelamiento de la maquinaria científica creada al amparo de la Unión Soviética en sus años de esplendor han producido una dispersión de científicos que conocen la manera de fabricar materiales nucleares y que pueden alquilarse al mejor postor. La vigilancia sobre las instalaciones nucleares en las antiguas repúblicas soviéticas no está asegurada por parte de las autoridades responsables, y los efectos de la corrupción y de la negligencia administrativa pueden facilitar un robo o un extravío de material peligroso.

<sup>159</sup> Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido...*, cit., nota 143, p. 28.

Hoy, como hace unas décadas, las amenazas nucleares vuelven a hacerse presente, aunque bajo modalidades distintas.<sup>160</sup> Esas amenazas suponen, por sí mismas, un riesgo para nuestras libertades, con independencia de que lleguen o no a materializarse.

En el caso de México, hay que decir nuevamente que, con los matices que se quiera, nuestro país puede sufrir cualquiera de los hechos que se han mencionado. Tenemos una central nuclear en Laguna Verde (Veracruz), pero además tenemos un sistema de control de calidad en la provisión de los servicios públicos que deja mucho qué desear; simplemente por lo que hace a la calidad del agua potable que se recibe en domicilios particulares y la de los alimentos que consumimos, creo que estamos lejos de poder dormir tranquilos. Y sumado a lo anterior tenemos el agravante del mal manejo de los servicios de limpieza y de prevención de desastres. Un ejemplo claro de estos riesgos lo vemos en el Distrito Federal. ¿Qué pasaría si, como han señalado algunos expertos, se produce una inundación de aguas negras en el centro histórico de la capital?, ¿qué planes de contingencia existen para el manejo de la basura cuando los rellenos sanitarios estén a su máxima capacidad? Una huelga de pepenadores pondría a la ciudad de rodillas en menos de una semana. Y una inundación de aguas negras, aunque estuviera limitada al centro de la ciudad, tendría consecuencias imprevisibles.

#### 4. *Riesgos para nuestra identidad social*

Hemos revisado someramente, en los dos apartados anteriores, los riesgos (sólo algunos de los muchos que existen) que se

<sup>160</sup> Un análisis del alcance de los nuevos desafíos nucleares, realizado a la luz de la postura que los candidatos a la presidencia de los Estados Unidos sostuvieron durante las campañas del 2008, puede verse en Cirincione, Joseph, "The greatest threat to us all", *The New York Review of Books*, vol. LV, núm. 3, 6 de marzo de 2008, pp. 18-21.

ciernen sobre nuestro cuerpo y sobre nuestro medio de vida. Toca ahora dedicar algunos párrafos a los riesgos que ofrece el siglo XXI para nuestra identidad social, los cuales se manifiestan en una constelación bastante amplia de factores.

Nuestra libertad se ejerce dentro de un contexto social determinado. La representación de quienes somos, el reconocimiento que tenemos dentro y fuera de nuestro círculo más íntimo, los valores sociales que compartimos con las demás personas, y otros muchos factores nos hacen comprender y vivir de determinada manera nuestra libertad. No es que el ejercicio de nuestra autonomía se pueda dar en el vacío, sin mayores consideraciones más que nuestros deseos o nuestras preferencias personales. La red de protección que nos suministra (o no nos suministra) la sociedad es esencial para que nuestra libertad tome forma y nuestra vida se llene de significados propios o compartidos.

Uno de los riesgos que corre nuestra libertad es perder la posición que tenemos en esa red, cayendo por diversas causas en la exclusión social, y en la consiguiente degradación de nuestro nivel de vida. Las condiciones actuales de vida en terrenos como el laboral nos hacen albergar temores fundados. Bauman señala que el progreso se ha convertido en una especie de “juego de las sillas”, en el que cualquier distracción te puede dejar en el aire y suponer una derrota irreversible que te lleve hasta la exclusión social.<sup>161</sup>

¿Qué es lo que puede producir esa caída, y lo que, por esa misma razón, supone un riesgo para nuestra identidad social? Las causas que ahora determinan la exclusión social son tan variadas que es difícil incluso suministrar un elenco de las mismas, así sea elemental. En apartados sucesivos tocaremos, de forma directa o indirecta, alguna de esas causas e intentaremos determinar sus efectos sobre nuestras libertades. Por lo pronto, puede indicarse que fenómenos como el desempleo de largo plazo, la incapaci-

<sup>161</sup> Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, p. 21.

dad para trabajar, algunas enfermedades, la discriminación, la pobreza y otros factores funcionan como detonadores de la exclusión social y de la marginación. Afectan tanto a aquellos que los han sufrido desde el nacimiento como a aquellos otros que de pronto se ven arrastrados hasta un nivel de vida hasta entonces desconocido.

En esta modalidad de riesgo encontramos algunas características distintas a la categoría explicada en el apartado anterior. En este caso, el temor no es a algún acontecimiento que afecte a un grupo más o menos amplio de personas, sino que se resume en la angustia de sufrir una catástrofe personal que nos pueda bajar del tren de vida (alto o bajo, intenso o lento) que llevamos y que nos termine por desconectar del mundo, tal como lo conocemos y tal como lo vivimos.<sup>162</sup>

Hay un fenómeno cercano a lo que se acaba de decir, que quizá valga la pena dejar al menos apuntado. Me refiero a los temores que surgen por vivir en las grandes ciudades. No es que vivir en ambientes rurales disminuya ciertos riesgos (puede ser incluso que los aumente), pero lo que transmiten las ciudades es la “sensación” de la inseguridad. La cercanía del otro se hace mucho más evidente en las grandes aglomeraciones de gente que conforman el rasgo característico de las megaurbes del siglo XXI. Personas que suman miles o incluso millones y que nos resultan completamente desconocidas. No sabemos cómo actúan, cuáles son sus valores o si podremos convivir pacíficamente con ellas. Eso supone una fuente de angustia. Como lo ha descrito Bauman:

Al ser un elemento permanente de la vida ciudadana, la continua y ubicua presencia de desconocidos al alcance de la vista y de la mano añade una buena dosis de incertidumbre perpetua a las elecciones de vida de los habitantes urbanos. Esta presencia, imposible de evitar salvo por algún instante, es una fuente inagota-

<sup>162</sup> Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido...*, cit., nota 143, p. 31.

ble de ansiedad y de agresividad, por lo general latente, que de vez en cuando explota.<sup>163</sup>

En las ciudades se reproducen y se llevan hasta niveles insospechados las desigualdades, las cuales se hacen todavía más evidentes por el hecho del contacto cercano entre los habitantes. Los que pueden pagársela, obtienen una “sensación” de seguridad a través de dispositivos que los separan físicamente del resto de la población: urbanizaciones cerradas, muros, vigilancia privada, casas con alarma, sistemas de vigilancia sensibles al movimiento, alambres de púas o electrificados, etcétera. Se conforma una suerte de “extraterritorialidad” que nunca puede ser total, pues los habitantes de los nuevos “guetos” de todas formas tienen que salir y mantener aunque sea un contacto mínimo con el resto de la población.<sup>164</sup>

Las ciudades reflejan las líneas de tensión propias de un mundo globalizado. En ellas se percibe como en pocos sitios el componente multicultural y multilingüístico de las sociedades del siglo XXI. También, quizá por esa razón, los choques entre lo global y lo local, entre visiones cosmopolitas y tradiciones regionales, entre aspiraciones globalizadoras y pulsiones tradicionales. Esa es la riqueza de las grandes ciudades, pero no deja de significar, a la vez, un escenario de lucha y de riesgos verdaderos o aparentes, aunque en todo caso innegables.

##### 5. *Permanencia e indolencia frente al miedo*

En las páginas anteriores hemos dibujado, siguiendo la categorización propuesta por Bauman, algunos elementos que afectan a la libertad a través del miedo. Antes de terminar con este tema y pasar a uno no menos grave y esperpéntico, como lo es el

<sup>163</sup> Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, p. 121.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 105.

de la guerra (también expresión y causa a la vez de miedos), quizá sea oportuno señalar los efectos nocivos de la persistencia de los miedos o de algunos riesgos. Me refiero, en otras palabras, al evidente hecho de que después de escuchar decenas o centenares de veces sobre algún riesgo, adoptamos una cierta actitud de indolencia frente al mismo. Eso nos lleva, en ocasiones, a bajar la guardia. Tragedias como las de Chernóbil o la producida por el huracán “Katrina” en la ciudad de Nueva Orleans se pudieron haber evitado si los responsables de las medidas de seguridad hubieran calculado acertadamente el grado de riesgo que acechaba.

Lo mismo puede decirse de la catástrofe del 11-S: el grupo de Mohamed Atta (líder de la célula de asesinos responsable de los atentados) pudo entrar y vivir por años en los Estados Unidos sin ser detectado ni suscitar investigación alguna, pese a que algunas de sus actividades eran, por decir lo menos, sospechosas.<sup>165</sup>

Quizá suceda lo mismo con otros riesgos. Pienso, por ejemplo, en el caso del calentamiento global o del cambio climático. Hay tanto ruido alrededor del tema y a veces parece tan inasible, que el efecto que se genera, en lo individual, puede ser de adormecimiento, de posposición del compromiso para enfrentar las causas que generan el riesgo, de delegación de las acciones y las decisiones que habría que tomar. Tiene razón Bauman cuando afirma que “para impedir una catástrofe, antes hay que *creer en su posibilidad*. Hay que creer que lo imposible *es* posible. Que lo posible *siempre* acecha, incansable, en el caparazón protector de la imposibilidad, esperando a irrumpir”.<sup>166</sup>

Pero ¿cómo hacer para estar siempre alertas?, ¿cómo mantener toda nuestra atención en la detección, prevención y eliminación del riesgo, sin hacer a un lado nuestro proyecto de vida, in-

<sup>165</sup> Véase la inteligente narración de los preparativos del atentado que hacen los reporteros de la conocida revista alemana *Der Spiegel* en el libro *11 de septiembre. Historia de un ataque terrorista*, Madrid, Círculo de Lectores, 2002.

<sup>166</sup> Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido...*, *cit.*, nota 143, p. 27.

dividual o social? El equilibrio no es fácil y las lecciones de las grandes tragedias contemporáneas seguramente nos permiten concluir que hemos aprendido de la importancia de los riesgos una vez que se han materializado. Quizá se hayan evitado decenas de ataques terroristas, quizá se hayan minimizado los efectos de las catástrofes naturales (de algunas de ellas), pero siguen sucediendo y su amenaza sigue latente. También sigue latente, para millones de personas en el planeta, la amenaza de la guerra, que es el tema del siguiente apartado.

## VIII. GUERRA Y LIBERTAD

Una vez que el orden constitucional sacrifica su compromiso con la libertad, sacrifica rápidamente todo lo demás.

Michael IGNATIEFF

La guerra es la negación absoluta de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos de libertad. De hecho, el Estado constitucional tiene entre sus objetivos la preservación de la paz.<sup>167</sup> En la medida en que la guerra se instala como la forma de resolver las controversias entre países o entre grupos sociales, los derechos fundamentales pasan a un segundo plano.

La visión tradicional de la guerra, basada en sus antecedentes históricos, la concebía como una conflagración entre dos países (guerra externa) o bien como una conflagración entre dos o más grupos sociales y/o políticos dentro de un Estado (guerra civil). La guerra, en esa visión, tenía algunos rasgos o características que eran normalmente aceptados, tanto en la teoría como (no sin ciertas dificultades) en la práctica. Para empezar, el estado de guerra tenía que ser expreso, no pudiendo ser tácito o implícito. Esto significa que la guerra se debía “declarar”, para lo cual se tenían que seguir una serie de formalidades internas y externas.

Una vez iniciada la guerra, las partes debían respetar ciertas normas mínimas, las cuales abarcaban cuestiones tan diversas como el facilitamiento de las labores de organizaciones médicas

<sup>167</sup> Véanse los argumentos que, en apoyo a esta afirmación, hace Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

internacionales (como la Cruz Roja) o el trato a los soldados que hubieran sido aprehendidos por alguna de las partes (de hecho, los Estados procuraron la existencia de tratados internacionales referidos a las obligaciones humanitarias hacia los soldados detenidos, sobre todo cuando hubieran sido heridos durante las actividades hostiles).

La guerra se producía entre dos o más bandos, normalmente identificados por el uso de uniformes, insignias, herramientas, etcétera, que no dejaban muchas dudas sobre la adscripción de cada uno de los soldados a sus respectivos ejércitos (e incluso dentro de ellos, a sus respectivas divisiones o departamentos).

La identificación de los combatientes tenía sentido no solamente para saber de qué lado estaba cada quien, sino que servía para evitar que las hostilidades se extendieran a la población civil. Los soldados se identificaban con sus uniformes y eso evitaba que la contraparte atacara a la población civil, al menos en alguna medida. Se buscaba que un ejército derrotase a otro ejército, evitando en la mayor medida posible los ataques a civiles.

También existían reglas para la terminación de un conflicto, el cual casi siempre cesaba una vez que alguna de las partes ofrecía formalmente su rendición. Cuando se producía esa rendición, las hostilidades se paralizaban y no era necesario continuar con los ataques.

Puede ser que en la práctica mucho de lo que se acaba de decir no fuera cumplido (los bombardeos nazis sobre Londres o sobre Guernika, las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki lanzadas por órdenes del presidente Truman, las limpiezas étnicas en muchas guerras civiles, servirían como pruebas fehacientes, y los ejemplos pueden multiplicarse hasta sumar cientos o miles de ellos), pero los Estados tenían por norma intentar respetar ciertos principios básicos, al menos para guardar las formas dentro y fuera de sus fronteras, seguramente con la esperanza de recibir un trato recíproco por parte de los demás países.

En el mundo del siglo XXI, las guerras han cambiado profundamente de significado. La forma en que se llevan a cabo, las

partes que intervienen en ellas, la manera en que se libran y las vías a través de las cuales pueden terminar, tiene muy poco que ver con lo que hemos señalado.

El prototipo de guerra del siglo XXI es la respuesta dada por los Estados Unidos a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001. Por un lado, cambia la naturaleza de las partes en guerra; un país (Estados Unidos) le declara la guerra a otros países (Afganistán primero, Irak después), pero también a un grupo terrorista (Al Qaeda) que opera en el territorio de varios Estados y que, en esa virtud, no tiene una base territorial definida.

La guerra se plantea por el presidente George Bush como guerra “infinita” (es decir, sin término posible a la vista), que se libra no contra un ejército regular sino contra células y grupos terroristas esparcidos por todo el planeta, lo que hace muy difícil o acaso imposible distinguir entre la población civil y los “soldados” o combatientes enemigos.

Como no se trata de una guerra solamente entre Estados, no queda claro —según el gobierno de los Estados Unidos— si se aplican las disposiciones sobre el trato a prisioneros, puesto que muchos detenidos son simples ciudadanos y no soldados.

Tampoco se sabe con certeza cómo o cuándo puede terminar la guerra, puesto que el enemigo no puede en modo alguno proclamar su rendición, ya que opera a través de células y grupos dotados de un alto grado de autonomía y con capacidad operativa propia, fuera de los tradicionales esquemas jerárquicos típicos de las fuerzas armadas.

Tampoco el trato a los detenidos responde a los patrones anteriormente conocidos y aceptados por la comunidad internacional. En las nuevas guerras se ha documentado y acreditado con amplitud el “secuestro” de ciudadanos, el traslado en secreto a terceros países (países que tienen conocidos antecedentes de prácticas de tortura durante interrogatorios policíacos y militares, como Egipto), la existencia de cárceles ilegales (en las que no existe registro de los presos que ingresan en ellas, y en esa virtud es imposible llevar la cuenta del tiempo que dura la privación de la

libertad), la consideración de los “combatientes enemigos” como personas privadas de varios o de todos los derechos fundamentales (como el derecho a promover un *habeas corpus*, el derecho a la tutela judicial, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a ser llevado ante un juez para que decida su situación jurídica, el derecho a ser juzgado por tribunales civiles y no militares, etcétera).

De hecho, se ha creado una suerte de sistema carcelario mundial con gravísimas consecuencias para los derechos fundamentales de los habitantes de todo el planeta. Dicho sistema está:

Localizado en todo el planeta —desde Guantánamo hasta los Estados Unidos, desde Afganistán hasta Irak— sustraído a toda regla y garantía jurisdiccional. Sabemos poco de este sistema, a causa justamente de su secrecía. Sabemos solamente que están reclusos, sin cargos formales de imputación y sin posibilidad de comunicarse ni con sus familiares ni con sus defensores, miles de detenidos que han sido arrestados en secreto, segregados sin límite de tiempo, sujetos a tratamientos inhumanos (privados del sueño, a veces permanentemente encadenados o todavía peor encapuchados, mantenidos en un estado de total aislamiento), en espera de procesos sumarios a su vez secretos, que pueden concluir con la pena capital, pero que hasta ahora, al parecer, no han ni siquiera comenzado. Se dibuja así una suerte de estado de policía global, como consecuencia de un macartismo igualmente global que renueva en la patria del *habeas corpus* y de las libertades civiles el fenómeno sudamericano de los *desaparecidos*. A estos reclusos, confinados en lugares desconocidos e ignorados por los medios de información, se les sustrae al mismo tiempo del estatuto de detenidos, porque son “enemigos combatientes”, y del de prisioneros de guerra, porque son “criminales”: se trata de no-personas, de las que nada sabemos y nada sabremos, privados de todos los derechos establecidos por la Constitución americana y por las convenciones internacionales.<sup>168</sup>

<sup>168</sup> Ferrajoli, Luigi, “Las libertades...”, *cit.*, nota 147, p. 7.

Y todo lo anterior con independencia de la consideración que pueda merecer el hecho de que la guerra contra el terrorismo, a través de la invasión de países por parte de una “coalición” liderada por Estados Unidos, se ubica completamente fuera de los supuestos que para las agresiones armadas prevé la Carta de las Naciones Unidas.<sup>169</sup> Esto significa que se trata de una “guerra” completamente ilegal y políticamente ciega, pues toma medidas que no abonan para la consecución de sus objetivos, sino que van en contra de ellos. Como lo ha señalado Ferrajoli:

Con sus inútiles destrucciones, la guerra sólo ha agravado los problemas que pretendía resolver... reforzó enormemente al terrorismo, al elevarlo a la categoría de Estado beligerante, convirtiendo un crimen horrendo en el primer acto de una guerra santa y transformando a Bin Laden, a los ojos de millones de musulmanes, en un jefe político, y a su banda de asesinos, en la vanguardia de un ejército de fanáticos... (la guerra) ha contribuido a desestabilizar todo el Oriente Medio, incluido el polvorín (nuclear) pakistaní, y a desencadenar una espiral irrefrenable de odios, fanatismos y otras terribles agresiones terroristas.<sup>170</sup>

No cabe minimizar el hecho de que la guerra contra el terrorismo nos pone frente a preguntas esenciales, que tienen que ver con la forma en que nos representamos como sociedad, con el grado de balance que puede y/o debe existir entre libertad y seguridad, con la forma en que debemos tratar a los detenidos o con la manera de llevar a cabo operaciones de inteligencia para prevenir futuros atentados. Y todo esto debe ser discutido y analizado en un contexto en el que, como es natural, las pasiones suelen desbordarse, y en el que priva el miedo, la ansiedad ante lo desconocido y, con demasiada frecuencia, el patriotismo (de

<sup>169</sup> Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

<sup>170</sup> Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas...*, cit., nota 167, p. 55.

nuevo, el caso de los Estados Unidos nos suministra un ejemplo perfecto de los excesos patrióticos que puede generar el desafío terrorista).

Tampoco es posible minimizar el hecho de que si algún grupo terrorista obtiene material nuclear y es capaz de detonarlo en alguna gran ciudad, pondría a la civilización contra las cuerdas y nos acercaría a un escenario apocalíptico.<sup>171</sup> Es decir, no se trata de una amenaza menor ni que se pueda tomar a la ligera.

En México quizá no se ha tomado debida conciencia del tamaño del reto porque no hemos sufrido, afortunadamente, una masacre terrorista como las que se han producido en otros países. Pero nadie puede asegurar que nuestro país no sea objeto de alguna acción que tenga consecuencias mucho más perniciosas que los actos guerrilleros que se han visto en los años recientes en el territorio nacional y que, por lo pronto, no han causado ni de lejos tantas víctimas civiles como los ataques de Al Qaeda.

La amenaza terrorista supone un riesgo para naciones enteras y para la manera en que se han desarrollado. Aparte de los daños personales y materiales, la lógica terrorista ha dado lugar a respuestas gubernamentales que pasan por aumentar los controles sobre los ciudadanos, realizar operaciones en secreto, disponer de información sobre actividades privadas y disparar el gasto destinado a las fuerzas de seguridad, tanto militares como civiles. Quizá algunas de estas medidas estén justificadas a la vista del tamaño del reto, pero se podría discutir, como lo haremos más adelante, si su aplicación ha sido o no respetuosa de los derechos fundamentales.

La evidencia que tenemos disponible parece indicarnos que la balanza se ha inclinado del lado de quienes están a favor de tomar fuertes medidas represivas para evitar futuros ataques terro-

<sup>171</sup> Véase las reflexiones de Ignatieff, Michael, *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus, 2005, quien dedica el último capítulo de su libro a explorar las consecuencias de un ataque nuclear contra la población civil, bajo el ilustrativo título “Libertad y apocalipsis”.

ristas, aunque esto implique afectar libertades fundamentales. De hecho, al aprobar legislaciones como la *Patriot Act* en Estados Unidos, se ha terminado legitimando:

Un estado de excepción global, que confiere al presidente de los Estados Unidos el poder ilimitado para hacer uso de la fuerza contra organizaciones o Estados que entiende que están involucrados en actividades terroristas, así como para instituir tribunales militares especiales en materia de terrorismo, sustraídos a todas las garantías del debido proceso: en suma, una suerte de potestad soberana para la guerra interna y externa, que anula el principio de legalidad y la separación de poderes, las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de las personas, en suma la entera regulación de la fuerza dictada por las reglas del derecho interno y del derecho internacional.<sup>172</sup>

¿Tiene algo que ver todo lo que llevamos dicho con la libertad? Creo que sí, en la medida en que la guerra, la narración de la misma que hacen los medios de comunicación, la sombra amenazadora que extiende sobre la población civil no solamente de los países directamente involucrados sino de muchos otros, su utilización retórica y demagógica por gobernantes de todo signo, etcétera, suponen de hecho una limitación importante a nuestras libertades, de forma directa o indirecta.

Además, el discurso de la guerra ha tomado en tal forma su lugar dentro de la opinión pública que se comienza a utilizar sin sentido alguno en referencia a fenómenos que nada tienen que ver con ella; por citar un ejemplo sumamente pernicioso que conocemos bien en México, se habla y se repite hasta el cansancio el discurso de la “guerra” contra las drogas o contra el narcotráfico (nos referiremos más adelante a este llamativo fenómeno de retórica política contemporánea).

<sup>172</sup> Ferrajoli, Luigi, “Las libertades...”, *cit.*, nota 147, p. 7.

Discutir sobre la manera en que se debe dar respuesta a las agresiones terroristas, por otro lado, tiene sentido solamente dentro de un régimen democrático en el que las autoridades deben respetar ciertas reglas en su actuación. Un régimen autoritario no se plantea ningún tipo de dilema, pues su respuesta puede ser tan brutal como lo permita su capacidad militar y policiaca. Como dice Michael Ignatieff, “si la sociedad atacada el 11 de septiembre de 2001 hubiera sido una tiranía, estas viejas preguntas no serían relevantes, porque una tiranía se permite a sí misma cualquier cosa”.<sup>173</sup> Pensar en la forma de combatir el terrorismo y en el desafío que supone para nuestra forma de vida, es pensar en nuestras libertades y en nuestro aprecio por la democracia. La existencia misma del debate es un síntoma de buena salud democrática.

La guerra ha servido históricamente para justificar una serie de inaceptables limitaciones a los derechos de libertad. Es probable que ninguna historia ilustre mejor esto que la de los Estados Unidos. Ha sido el distinguido jurista de la Universidad de Chicago, Geoffrey Stone, quien ha reunido las piezas de un rompecabezas histórico que, una vez armado, nos ofrece un claro panorama de la utilización demagógica y perniciosa de la guerra para justificar todo tipo de atropellos, incluso fuera de los supuestos de una conflagración armada.<sup>174</sup>

### 1. Guerra, mentira y libertad

Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unani-

<sup>173</sup> Ignatieff, Michael, *El mal menor...*, cit., nota 171, p. 16.

<sup>174</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty. An American Dilemma: 1790 to the Present*, Nueva York, Norton and Company, 2007.

midad en los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es aquella que indica que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tuviere, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla.

Robert H. JACKSON. Sentencia West Virginia State Board of Education vs. Barnette (1943)

La narración de Stone comienza con los inicios mismos de la andadura histórica de los Estados Unidos como nación independiente. Durante las primeras décadas, luego de haber declarado la independencia respecto al dominio inglés, la política estadounidense estuvo sometida a las tensiones naturales que se generan en el nacimiento de cualquier nación. El enfrentamiento entre federalistas y republicanos por hacerse con el control del gobierno federal fue muy duro, y llevó a los partidarios de cada uno de los bandos enfrentados a tomar medidas desesperadas, que no tenían justificación constitucional.

Entre esas medidas, Stone cita dos que son especialmente restrictivas de las libertades: la adopción de la llamada *Alien Enemies Act* y de la más conocida *Sedition Act*. De acuerdo con la primera, si los Estados Unidos entraban en guerra contra otra nación, el presidente podría detener discrecionalmente a los nacio-

nales o súbditos de ese país que se encontraran en suelo estadounidense. Pero eso no fue suficiente para los federalistas, quienes apoyaron otra ley, la llamada *Alien Friends Act*, por medio de la cual se autorizaba al presidente a detener a cualquier extranjero que estuviera en los Estados Unidos, con independencia de su nacionalidad. Para esos detenidos no existía el derecho a ser llevado ante un juez, a ser informado de los cargos en su contra o a presentar evidencia en su descargo.

De inmediato surgieron acusaciones que señalaban que ambas leyes sobre los extranjeros iban en contra de la Constitución, pero la respuesta de los federalistas es que los extranjeros no integraban el cuerpo político que se había dado la Constitución al señalar en su preámbulo que la misma era producto de “nosotros el pueblo”: “We the People”. Ese pueblo estaba compuesto solamente por estadounidenses y no por extranjeros. James Madison no dudó en calificar la legislación como un “monstruo” y Thomas Jefferson sostuvo que se trataba de una decisión “detestable”.<sup>175</sup>

Más terrible, si cabe, fue la *Sedition Act* promulgada por el presidente Adams el 14 de julio de 1798, en la que —en resúmenes— se perseguía cualquier tipo de expresión que se hiciera en contra del Congreso, del presidente o en general del gobierno de los Estados Unidos. La sanción para quien cometiera ese delito era de multa por hasta dos mil dólares y hasta dos años de prisión. También en este caso fueron varios los que advirtieron la contradicción manifiesta de la ley con la Primera Enmienda de la Constitución, de acuerdo con la cual el Congreso no puede abolir o restringir la libertad de expresión.

Sin que pueda resultar sorprendente, las primeras catorce imputaciones que se hicieron con base en la *Sedition Act*, una vez que entró en vigor, fueron todas dirigidas en contra de militantes del Partido Republicano, que hacían oposición al gobierno de Adams. La administración federal estadounidense utilizó la ley

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 6.

para perseguir a cuatro de los cinco periódicos más influyentes que apoyaban a los republicanos. Como resultado de estas persecuciones, algunos otros periódicos tuvieron que cerrar o bien suspendieron su publicación.<sup>176</sup> Ningún miembro del partido Federalista fue acusado de haber violado la ley. Su utilización estuvo claramente marcada por intereses político-partidistas.

Fue un primer aviso histórico para los Estados Unidos. Un aviso que, sin embargo, a lo largo del tiempo se comprobó inútil, en la medida en que los intentos por criminalizar a los extranjeros, permitiendo su detención sin causa, y por eliminar a los disidentes ideológicos, resurgieron con fuerza.

La cercanía de una guerra con Francia había exacerbado las pasiones, y la dureza de la lucha política había soliviantado los ánimos, dando lugar a lo que Stone califica como una “sobre-reacción” por parte del Congreso y del presidente.<sup>177</sup>

Pero el episodio es interesante por varios motivos: por el descarado intento de los federalistas de sepultar cualquier oposición a su gobierno a través del encarcelamiento de sus rivales, por el trato despótico e injusto contra los extranjeros, y por las acciones tomadas contra la libertad de expresión.

Stone señala que es justamente cuando la nación se debe enfrentar a los mayores retos, cuando más necesario se hace el debate público. El peligro de la represión en tiempos de guerra, dice, es muy superior al peligro que supone un debate libre, incluso si está animado por ideas falsas o por intereses partidistas.<sup>178</sup> Esta es, en efecto, una gran lección histórica que a ningún gobierno le gusta reconocer. Lo más práctico para muchos gobernantes consiste en tomar medidas represivas y esperar que todos los ciudadanos se las aplaudan. Pero la democracia no funciona así.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>178</sup> *Ibidem*, pp. 20 y 21.

Un régimen de libertades supone la posibilidad de ejercer de forma autónoma nuestro propio criterio; y si ese criterio no es complaciente con lo que piensa el gobierno, pues peor para el gobierno. Los intentos por acallar a la oposición en tiempos de guerra deben ser rechazados tajantemente, tanto por la opinión pública como por los mecanismos institucionales de control que tienen por objeto evitar los excesos del poder público. En este contexto, los jueces están llamados a jugar un papel protagónico en la tutela de un debate libre, robusto y desinhibido, para recordar una vez más las famosas palabras que el juez William Brennan escribió en la sentencia *New York Times vs. Sullivan*.

El segundo episodio histórico que narra Stone se produjo durante la Guerra Civil en que se vieron inmersos los Estados Unidos hacia mediados del siglo XIX. El presidente era Abraham Lincoln, y para hacer frente a la rebelión de varios estados que querían establecer la confederación, mandó suspender en reiteradas ocasiones el derecho de *habeas corpus*, el cual tenía y tiene por objeto evitar las detenciones arbitrarias, así como permitir una estrecha supervisión judicial sobre los actos de la policía que afectasen la libertad personal de los ciudadanos.

El presidente Lincoln fue reconvenido por la Suprema Corte, en el caso *Ex Parte Merryman*, con base en el argumento de que la rama ejecutiva no tenía facultades para suspender el *habeas corpus*, ya que se trataba de una competencia asignada constitucionalmente al Congreso. Pero el Congreso, obsequioso con el Ejecutivo, ratificó las órdenes de Lincoln, y en 1863 le dio facultades para seguir por la misma ruta. Bajo esa autorización fueron encarceladas entre 13 mil y 38 mil personas, acusadas entre otros delitos de evadir el llamamiento a filas, comerciar con el enemigo, quemar puentes o realizar otras formas de sabotaje.

En una de sus órdenes, el presidente Lincoln ordenó someter a los rebeldes a los tribunales militares. Fue de nuevo la Suprema Corte la que paró este despropósito. En la sentencia del caso *Ex Parte Milligan*, la Corte señaló que los tribunales militares no pueden conocer de juicios en los que estén involucrados civiles,

ni siquiera en tiempos de guerra o de rebelión armada, siempre y cuando los tribunales civiles siguieran funcionando.<sup>179</sup>

La experiencia de la Guerra Civil también nos suministra una valiosa lección histórica. Por un lado, el intento del presidente de atajar un conflicto (ciertamente muy grave) a través de la suspensión de un derecho fundamental. Por otra parte, su intento por llevar a civiles ante tribunales militares, esquema que se repetiría muchos años después en el contexto de la guerra emprendida por la administración del presidente George W. Bush contra el terrorismo. Pero también esa experiencia nos permite advertir la importancia de contar con tribunales independientes que sepan medir los riesgos de una situación y reconduzcan las actividades de las ramas ejecutiva y legislativa hacia la legalidad.

El tercer episodio que narra Stone se produce durante la Primera Guerra Mundial. Cuando Estados Unidos decide entrar en la guerra, una parte considerable de su población (cerca de un 25%) tenía ancestros alemanes. El gobierno temía que algunos ciudadanos fuertemente vinculados con Alemania pudieran realizar actividades de espionaje, y además tenía que enfrentar las críticas del partido socialista, que consideraba que algunas medidas tomadas por el gobierno eran claros despropósitos.

En este contexto, una vez hecha la declaración formal de guerra, el Congreso de los Estados Unidos expidió la Ley de Espionaje de 1917 que contenía medidas de censura contra la prensa y que restringía inconstitucionalmente la libertad de expresión. Woodrow Wilson era entonces el presidente de los Estados Unidos y había declarado públicamente que la censura de la prensa podría llegar a ser necesaria para mantener la seguridad pública.<sup>180</sup> La censura fue finalmente derogada por el Congreso, pero

<sup>179</sup> Una narración detallada de los casos que fueron resueltos durante la presidencia de Lincoln por la Suprema Corte puede verse en Fisher, Louis, *Military Tribunals and Presidential Power*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005, pp. 41 y ss.

<sup>180</sup> Stone, Geoffrey R., *op. cit.*, nota 174, p. 47.

la administración de Wilson incentivó a los ciudadanos para que denunciaran las actividades “conspirativas” de otros ciudadanos, a fin de detectar posibles actos de colaboración con las naciones enemigas.

Con base en la *Ley de Espionaje*, el gobierno persiguió a más de dos mil disidentes. A algunos de ellos les fue abierta una causa penal por decir cosas como que los gobernantes se estaban enriqueciendo en el ejercicio de sus funciones, que Dios prohibía que las personas se matasen entre sí, y que por tanto un cristiano no podía asesinar a un semejante, o por distribuir una película en la que se documenta que una nación aliada (Inglaterra) había asesinado impunemente a mujeres y niños durante la Guerra de Independencia con los Estados Unidos (lo cual era rigurosamente cierto).<sup>181</sup>

Los casos contra la ley y las condenas dictadas con base en ella, como no podía ser de otra manera, terminaron llegando a la mesa de los jueces de la Corte Suprema. Pero esta vez la Corte tuvo una actuación decepcionante. En el caso *Schrenk vs. United States*, el famoso juez Oliver Wendell Holmes escribió la sentencia con el apoyo del resto de sus compañeros, confirmando la condena decretada por tribunales inferiores contra personas que habían distribuido panfletos en los que se oponían al reclutamiento forzoso de tropas y animaban a los ciudadanos a unirse al Partido Socialista.

Holmes sostenía en su sentencia que el hecho de que Estados Unidos hubiera entrado en una guerra, hacía menos tolerables las actividades de los acusados. En tiempos de paz, sostiene la sentencia, los derechos de los acusados hubieran merecido protección constitucional, pero la guerra suministra condiciones diferentes.

La mayor aportación de Holmes en la sentencia es el test del “peligro claro e inminente”, según el cual una expresión puede

<sup>181</sup> *Ibidem*, pp. 56 y 57.

ser censurada o castigada si quien la formula está creando un peligro claro e inminente para la integridad física de una persona. El ejemplo que pone Holmes es el de una persona que grita “¡Fuego!” en un teatro lleno, provocando de esa manera una reacción en cadena de los asistentes al teatro que puede poner en peligro su integridad física.<sup>182</sup>

Según Holmes:

Lo esencial es determinar en cada caso si las expresiones utilizadas lo han sido en un contexto y en un sentido tales que provoquen un peligro claro e inminente (*clear and present danger*) dando lugar a los males que el Congreso está legítimamente habilitado para combatir. Es una cuestión de urgencia y de matiz. Muchas de las cosas que se podrían normalmente decir en tiempo de paz resulta que, cuando el país está en guerra, comprometen de tal manera los esfuerzos de toda la nación hasta el punto que no es posible tolerarlas mientras dure el combate, y por consiguiente ningún Tribunal las consideraría amparadas por la Constitución.<sup>183</sup>

La Corte dictó varias sentencias en el mismo sentido y en todas ellas Holmes estuvo con la mayoría. Pero en 1919 sostuvo un famoso voto de minoría, firmado también por el juez Louis Brandeis, en el *Abrams vs. United States*. Los acusados en *Abrams* habían sido sentenciados a penas de prisión de hasta 20 años por distribuir panfletos en Nueva York llamando a una huelga general como medida de repudio por el envío de tropas estadounidenses a Rusia. Holmes se apartó del criterio de la ma-

<sup>182</sup> Stone se pregunta, en su libro, qué pasaría si el aviso de “¡fuego!” fuera cierto. ¿También se podría castigar a quien lo profiere? La falta de respuesta a este planteamiento permite advertir una falla en el razonamiento de Holmes. *Ibidem*, p. 59.

<sup>183</sup> Tomo el texto de la traducción que figura en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005, p. 184.

yoría y sostuvo en su voto que la condena no estaba justificada en virtud de que los actos de los acusados no representaban un peligro claro e inminente.

Apartándose de sus criterios anteriores, Holmes escribe en su voto de minoría que:

Tan sólo un peligro actual e inminente, o el intento de crearlo, justifican que el Congreso establezca límites a la libertad de expresión cuando no estén en juego derechos de los particulares... nadie puede suponer que la publicación semiclandestina de un panfleto estúpido por parte de un desconocido pueda por sí sola representar un peligro claro e inminente de que estas opiniones menoscaben u obstaculicen la acción del gobierno, ni siquiera que puedan afectarle de manera apreciable.<sup>184</sup>

Más adelante, en su voto, Holmes aporta su conocido postulado sobre el “mercado de las ideas”, según el cual la libertad de expresión debe protegerse para que todas las ideas compitan libremente entre sí, y de esa manera los ciudadanos puedan formarse su propio criterio acerca de lo verdadero y de lo falso. El texto de Holmes es el siguiente:

Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros... tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte... Únicamente una

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 189.

situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal.<sup>185</sup>

¿Por qué cambió tan radicalmente de punto de vista Holmes, y en tan poco tiempo? Stone señala que sostuvo largas conversaciones e intercambio de cartas con el juez Learned Hand, el profesor de Harvard Zechariah Chafee y con el politólogo Harold Laski, quienes le advirtieron de los errores contenidos en su razonamiento judicial.<sup>186</sup> La influencia tuvo un gran efecto, ya que por primera vez en la historia de los Estados Unidos un juez de su Corte Suprema se convirtió en un firme defensor de la libertad de expresión, incluso durante el tiempo de guerra.

El siguiente episodio que narra Stone en su libro ocurrió en la Segunda Guerra Mundial, y sirve para comprobar nuevamente de qué manera la fiebre de la guerra se traduce en xenofobia.<sup>187</sup>

El caso es que en 1940, en previsión de que Estados Unidos terminara participando en la Segunda Guerra Mundial, se expide la ley conocida como *Smith Act*, que tenía entre sus objetivos registrar ante el servicio de inmigración a todos los extranjeros residentes en los Estados Unidos. Se registraron casi cinco millones de personas, entre los cuales había nacionales de los países con los que Estados Unidos estaba en guerra una vez que su Congreso hizo la declaración correspondiente. Había 600 mil italianos, 260 mil alemanes y 40 mil japoneses. Luego del ataque a Pearl Harbor, el gobierno clasificó a 900 mil de estos individuos como extranjeros enemigos, lo que tuvo la consecuencia de que las autoridades pudieran detenerlos y deportarlos.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 191. Véase también *Los votos discrepantes de Oliver Wendell Holmes*, est. prel. y trad. de César Arjona Sebastiá, Madrid, Iustel, 2006, pp. 142-151.

<sup>186</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, *cit.*, nota 174, p. 61.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 65.

Dos meses después del bombardeo de Pearl Harbor, en el que murieron dos mil estadounidenses, las autoridades ordenaron a más de 120 mil japoneses o americanos descendientes de japoneses que abandonaran sus hogares en California, Washington, Oregon y Arizona.<sup>189</sup>

No se les acusó de haber cometido ningún delito, no se les respetó su derecho de audiencia, no se les dijo por cuánto tiempo estarían fuera de sus hogares. Su origen nacional fue suficiente para llevarlos a campos de detención del Ejército. Allí los tuvieron, en condiciones de hacinamiento y sin ningún tipo de elemento para su habitabilidad, durante tres años.<sup>190</sup> Se trataba de la medida extrema a la que condujo la lógica del “peligro amarillo” que en esos años había inundado a Estados Unidos.

El clima cultural entre los periodistas y entre la clase militar era favorable a tomar medidas drásticas contra los japoneses y contra sus descendientes. En los periódicos de ciudades como San Francisco se podían leer artículos en los que sus autores públicamente decían que “odiaban” a los japoneses. Un oficial de alto rango del Ejército (el general De Witt) dijo que la raza japonesa era una “raza enemiga”, y que daba igual si algunos de ellos eran ya de nacionalidad estadounidense, puesto que eso no les quitaba que todavía fueran japoneses. Un japonés es un japonés, dijo De Witt (“A Jap’s a Jap”).

Incluso personajes con sólidas credenciales democráticas, que luego pasarían a la historia por su cruzada a favor de los derechos humanos y por su lucha contra el racismo, cayeron en la fiebre guerrera y ayudaron a la deportación interna de japoneses. Fue el caso del entonces abogado general del estado de California y luego presidente de la Suprema Corte, Earl Warren.<sup>191</sup>

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>191</sup> El episodio es narrado en la magnífica biografía de Warren que ha escrito Jim Newton, en la que también consta que, ya en su vejez, Warren dijo públicamente que su contribución al maltrato hacia los japoneses era el acto del

La lógica que está detrás del internamiento de japoneses en campos de concentración, como puede ver el lector, es muy parecida a la que sostuvieron los nazis en relación a los judíos; aunque es cierto que, por fortuna, el gobierno estadounidense nunca se atrevió a extender sus crueldades hacia los japoneses hasta el punto en que las llevaron los alemanes contra los judíos.

Como en las anteriores ocasiones, los afectados por estos actos arbitrarios tuvieron la oportunidad de defenderse ante los tribunales. La Suprema Corte de los Estados Unidos dictó en ese periodo dos sentencias que son recordadas todavía ahora, y no precisamente por lo fino que fue el razonamiento judicial de sus autores. Se trata de los casos *Hirabayashi vs. United States* y *Korematsu vs. United States*. El primero de esos casos involucraba al ciudadano estadounidense Gordon Hirabayashi, quien no había respetado el toque de queda contra ciudadanos descendientes de japoneses y por ello había sido condenado a dos años de cárcel. La Suprema Corte ratificó la condena, aunque tres de sus nueve jueces expresaron razonamientos contrarios a los de la mayoría, y uno de ellos, el juez Murphy, se atrevió a señalar el paralelismo entre la actuación del gobierno estadounidense y la del régimen nazi.

En el segundo caso, que involucraba a otro ciudadano estadounidense, Fred Korematsu, la discusión no tenía que ver con el

que más se había arrepentido en toda su vida. Newton, Jim, *Justice for All. Earl Warren and the Nation he Made*, Nueva York, Riverhead Books, 2006. También se arrepintieron públicamente de haber participado en el proceso de deportación los jueces de la Suprema Corte William O. Douglas, uno de los campeones de los derechos civiles en la Corte, y Tom Clark, quien como abogado del Departamento de Justicia tuvo a su cargo defender la postura del gobierno, y luego llegó a ocupar el cargo de juez de la Corte. Le agradezco al ministro José Ramón Cossío, de la Suprema Corte de México, que haya llamado mi atención sobre la sobresaliente biografía que Jim Newton le dedicó a Warren, quien sin duda es uno de los más grandes jueces en toda la historia judicial de los Estados Unidos. Estoy seguro que su ejemplo de compromiso con las mejores causas de la justicia puede ser de gran utilidad para los jueces mexicanos, que deberían leer sin demora el texto de Newton.

toque de queda y su posible inconstitucionalidad, sino con la orden de abandonar el propio domicilio para acudir a los campos de concentración, dirigida solamente a ciudadanos japoneses en la costa oeste de los Estados Unidos. La Corte fue sumamente obsequiosa con el gobierno, y sostuvo en su sentencia que solamente las autoridades militares podían apreciar el grado de riesgo que suponía la presencia de los japoneses en las localidades costeras, en orden a prevenir el espionaje y el sabotaje.

La Corte reconocía en su sentencia que quizá muchos de los ciudadanos desplazados eran leales a su nueva nación, pero que les creía a las autoridades militares cuando afirmaban que era imposible distinguir a los leales de los desleales (y en consecuencia, se podría agregar, dichas autoridades prefirieron violar los derechos de todos, para evitar dudas).<sup>192</sup>

La Corte negó expresamente en *Korematsu* que la internación de japoneses tuviera un sesgo racista, utilizando una argumentación que cuando menos podemos calificar como cínica. La mayoría de integrantes de la Corte basan su argumento medular en el siguiente párrafo:

El señor *Korematsu* no fue deportado de la zona militar por hostilidad hacia él o hacia los de su raza. Fue deportado porque estamos en guerra contra el Imperio Japonés, porque las autoridades militares temían una invasión en la costa oeste y se vieron obligadas a adoptar medidas de seguridad adecuadas, porque estas mismas autoridades decidieron que la urgencia de la situación desde el punto de vista defensivo requería que todos los ciudadanos de origen japonés fuesen temporalmente apartados de aquella zona, y finalmente porque el Congreso, depositando su confianza en nuestros jefes militares, autorizó a adoptar la medida de la deportación. Existiendo pruebas de que algunos ciudadanos de origen ja-

<sup>192</sup> Una muy buena narración de los hechos, en los que se sustentaron ambas sentencias, y una fuerte crítica a las mismas, puede verse en Irons, Peter, *A People's History of the Supreme Court*, Nueva York, Penguin Books, 2000, pp. 348 y ss.

ponés no eran leales a los Estados Unidos, las autoridades militares consideraron que había que actuar urgentemente. En este momento, desde la perspectiva que da juzgar con calma hechos pasados, no podemos afirmar que aquellas medidas de deportación carecían de fundamento. Se confirma la sentencia impugnada.

No deja de ser irónico que el autor de esta sentencia fuera el juez Hugo L. Black, quien a lo largo de su prolongada carrera como juez de la Suprema Corte se caracterizó por abanderar las interpretaciones más progresistas en materia de derechos humanos y, en particular, en materia de libertad de expresión.<sup>193</sup>

Fue nuevamente el juez Frank Murphy quien escribió un poderoso voto particular, denunciando el sesgo racista de las medidas de deportación y la falta de coherencia de la mayoría de sus colegas al legitimar la arbitrariedad con que habían actuado el Congreso y las autoridades militares. Murphy afirmó en su voto, refiriéndose a la medida de la deportación, que:

Sostener la constitucionalidad de esta medida, por buenas que fueran las intenciones de las autoridades militares de la costa oeste, sería dar validez a uno de los comportamientos más crueles, idéntico a los que emplean nuestros enemigos para aniquilar la dignidad de las personas, e implicaría además fomentar las actuaciones discriminatorias contra otros grupos minoritarios.<sup>194</sup>

Fred Korematsu dedicó el resto de su vida a luchar por la reparación de su honor y el de los demás afectados. En 1998 el presidente William J. Clinton le impuso la medalla presidencial

<sup>193</sup> Véase la que quizá sea la mejor de todas sus biografías: Newman, Roger K., *Hugo Black. A Biography*, Nueva York, Fordham University Press, 1994. En las pp. 312 y ss. se narran las peripecias de Black durante los sucesos que le tocaron como juez en el contexto histórico de la participación de los Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial.

<sup>194</sup> Tanto la parte de la sentencia que se ha transcrito como un extracto del voto particular de Murphy pueden verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *op. cit.*, nota 183, pp. 266-273.

de la libertad, que es la máxima distinción que se le puede otorgar a un civil en los Estados Unidos, como una forma simbólica de reparar el daño que le habían causado las autoridades de las tres ramas del gobierno federal de su propio país.<sup>195</sup>

Cuando se dieron cuenta de la atrocidad que había significado el internamiento de japoneses, las autoridades estadounidenses decidieron reconocer su error y promulgaron una ley que les daba derecho a los afectados a solicitar una indemnización económica por la violación de sus derechos. Para 1958, más de diez años después de expedida la ley, solamente 26 mil personas habían obtenido la compensación a la que tenían derecho, la cual en promedio fue de mil 400 dólares por persona.<sup>196</sup>

La propia Suprema Corte ha puesto a Hirabayashi y Korematsu en su rincón más oscuro, y nunca los ha vuelto a citar en ninguna de sus sentencias. Son consideradas, con razón, como dos sentencias “parias” en la historia de la Corte,<sup>197</sup> tal como sucede con otros bochornosos fallos (como *Dred Scott vs. Sanford* o *Plessy vs. Ferguson*, entre otros).<sup>198</sup>

Pero la historia de ataques a las libertades durante el tiempo de guerra no terminó ahí para los estadounidenses. Stone narra tres etapas más, cada una de ellas peculiar y horripilante, que nos ofrecen el cuadro completo a través del cual se ejemplifica con claridad cómo una democracia puede dejarse arrastrar por la locura y la fiebre de la guerra, hasta destruir sus propios fundamentos y violar derechos de sus ciudadanos.

La siguiente etapa se desarrolla durante la llamada guerra fría, es decir durante el periodo de tiempo en que la URSS y los Estados Unidos se disputaban la hegemonía política, económica y

<sup>195</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, p. 76.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>198</sup> Sobre el contenido e implicaciones de estos dos casos, me he detenido en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos...*, cit., nota 38, pp. 231-245.

militar del mundo. En ese periodo, ambas potencias se esforzaban por ampliar su dominio y por espiar a la contraparte, infiltrando agentes encubiertos cuya misión era espiarla para lograr conocer sus secretos militares y políticos. Había una lógica permanente de la sospecha, lo que siempre resulta ser un buen caldo de cultivo para emprender aventuras políticas y jurídicas que terminan recortando las libertades.

Fue eso precisamente lo que sucedió en los Estados Unidos cuando una comisión del Congreso dedicada a detectar actividades antiamericanas, anunció un agresivo programa para exponer a los comunistas que había en suelo estadounidense y a sus simpatizantes. Una de las primeras medidas para tal fin fue la expedición, por el presidente Truman, de una orden ejecutiva que obligaba a todos los empleados federales a sujetarse a una investigación de “lealtad”.

La misma orden presidencial era muy clara al señalar que nadie podía seguir trabajando para el gobierno federal si existían elementos que razonablemente pudieran hacer suponer que era “desleal”. Esa deslealtad quedaba probada si algún empleado federal pertenecía o simpatizaba con cualquier organización que el abogado general de los Estados Unidos considerase comunista o subversiva.<sup>199</sup>

El abogado general identificó con gran rapidez a todo tipo de organizaciones como comunistas o subversivas (unas 250, entre las cuales se encontraban organizaciones sindicales y comités ciudadanos que procuraban asilo para los exiliados de la guerra civil española). Los criterios del abogado eran completamente vagos, de tal forma que los empleados federales solamente podían estar seguros de ser leales al gobierno si no pertenecían a ninguna de ellas (con la evidente violación de su libertad de asociación).<sup>200</sup>

<sup>199</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, pp. 86 y 87.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 89.

Los agentes del FBI se encargaban de vigilar la membresía de los empleados federales en cualquier asociación, y para tal efecto se entrevistaban con sus vecinos, amigos, profesores, compañeros de trabajo y empleadores. Preguntaban por su pertenencia a asociaciones, pero también se informaban de los periódicos y de los libros que leían, así como de las ideas que expresaban en público.

No es difícil imaginar la histeria persecutoria que tales indagaciones provocaron entre la sociedad estadounidense. Las autoridades facilitaron, en el colmo de su paranoia, la recepción de denuncias anónimas, de tal forma que todo aquel ciudadano que tenía una diferencia con otro, podía decir cualquier cosa que lo relacionara con una organización comunista, y ese solo hecho bastaba para ameritar una investigación por parte del FBI. Bajo ese esquema se produjeron todo tipo de delaciones, bromas, ajustes de cuentas personales e informes pagados. El resultado fue que todo el mundo sospechaba de todo el mundo.

Para 1950 la situación avanzó hacia un estado de mayor persecución, cuando una ley del Congreso requirió a todas las organizaciones comunistas que hicieran públicos los nombres de sus miembros. El presidente Truman, sin embargo, ejerció su derecho de veto para detener su entrada en vigor. Para esas fechas llegó al Senado de los Estados Unidos Joe McCarthy, quien emprendió una violenta cruzada contra personas y organizaciones que se consideraban cercanas a los ideales comunistas. Su locura llegó hasta el extremo de solicitar que en las bibliotecas sostenidas por el gobierno federal no hubieran libros ni discos de autores comunistas o antiamericanos, entre los que se incluía a Jean-Paul Sartre, John Dewey, Dashiell Hammet, Arthur Schlesinger Jr. (luego consejero presidencial de John F. Kennedy), entre otros. La intimidación se extendió a los campus universitarios e incluso a los artistas de Hollywood.

Las libertades de asociación y de expresión, tan queridas por el pueblo estadounidense que las puso en cabeza de su *Bill of Rights* (ambas libertades figuran en la Primera Enmienda de la

Constitución de los Estados Unidos), estaban a punto de periclitarse. El “miedo rojo” se había apoderado por completo del imaginario popular de los ciudadanos estadounidenses.<sup>201</sup>

En las entidades federativas se comenzaron a promulgar tipos penales que castigaban, incluso con cadena perpetua, conductas tan imprecisas como la “deslealtad”. En Texas se autorizaron penas de hasta 20 años de prisión para los miembros del partido comunista; en Tennessee fueron más lejos, y permitieron que tales personas fueran sentenciadas a pena de muerte. Más de 11 mil personas fueron despedidas de sus cargos en los gobiernos federales, estatales o locales bajo la acusación de ser “desleales”.

La Suprema Corte también se sumó, bajo el gris liderazgo de Fred Vinson, su entonces presidente, a la cruzada anticomunista, y en el caso *Dennis vs. United States* ratificó una sentencia de cinco años de prisión para 11 miembros de la junta directiva del partido comunista, por defender la idea de que había que derrocar al gobierno de los Estados Unidos (sólo por defender *la idea*, no por haber realizado ningún acto en ese sentido o con ese objetivo).<sup>202</sup>

Con el criterio contrario a la libertad de expresión de los procesados, Vinson decidió dejar atrás el estándar formulado por Oliver Wendell Holmes del peligro “claro e inminente”, de acuerdo con el cual una expresión podía ser sancionada solamente si tenía por efecto el producir precisamente un peligro claro e inminente para las personas. Los jueces Douglas y Black reaccionaron (a diferencia de lo que sucedió en los casos de los internamientos de japoneses), y votaron en contra del criterio de la mayoría, escribiendo sendos votos particulares en los que denun-

<sup>201</sup> Véase la narración que sobre esta declinación del compromiso constitucional de los estadounidenses hace Finan, Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act. A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon Press, 2007, pp. 134 y ss.

<sup>202</sup> Véase la narración que sobre este caso y otros semejantes hace Irons, Peter, *op. cit.*, nota 192, pp. 365 y ss.

ciaban que las condenas a los miembros del partido comunista violaban la libertad de expresión.

La “era McCarthy”, sin embargo, estaba destinada a terminar muy pronto. Sus compañeros del Senado votaron una moción en su contra, y sus aliados perdieron las elecciones de 1954. Dos años después Joe McCarthy, punta de lanza de una moderna cacería de brujas, murió de cirrosis, víctima de su permanente estado alcohólico, con 49 años de edad. Una era oscura en la historia de los Estados Unidos se terminaba con esa muerte. Queda sin embargo la duda de cómo pudo infundir su locura persecutoria en tantos legisladores, miembros del gobierno, jueces de todos los niveles e incluso simples ciudadanos, sin que nadie hubiera advertido que se estaba poniendo en peligro el carácter democrático de los Estados Unidos y su compromiso histórico con las libertades civiles.

Es un buen ejemplo de cómo pocas personas, pero bien decididas a hacer daño, pueden tener efectos devastadores sobre millones de seres humanos. Es también una reiteración de lo útil que puede ser el control de constitucionalidad como principio de contención de las decisiones democráticas, siempre y cuando existan jueces que tengan la determinación de hacer valer el contenido de la carta magna por encima de cualquier otra circunstancia. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en otro momento crucial de su historia, volvió a fallar. Pero no sería la última vez.

La siguiente etapa en la narración que nos ofrece Stone corresponde a la guerra de Vietnam en la que Estados Unidos se decidió a jugar una arriesgada partida táctica para detener el avance del comunismo internacional. Lo hizo enviando soldados para apoyar a los vietnamitas del sur, y evitar que fueran absorbidos por Vietnam del Norte que estaba gobernado por comunistas. Para finales de 1965 estaban en Vietnam 184 mil soldados estadounidenses; ya para concluir 1966, eran 385 mil; y al término de 1967, esa cifra había subido hasta más de 500 mil. Cuando Estados Unidos decide abandonar esa lucha, en 1973, ya

habían muerto más de 50 mil estadounidenses en territorio vietnamita.<sup>203</sup>

Cuando Richard Nixon gana en 1968 la Presidencia de los Estados Unidos, comienza a desarrollar una serie de actividades ilícitas que terminarían, ya dentro de su segundo periodo como presidente, con el escándalo “Watergate”, y con su posterior renuncia al cargo.

Antes de esa renuncia, y del consecuente escándalo que se produjo en todo el mundo, Nixon tuvo que enfrentar un delicado trance cuando el periódico *The New York Times* comenzó a publicar una serie de documentos elaborados por agencias de inteligencia militar de los Estados Unidos, que ponían de manifiesto la estrategia del gobierno durante la guerra en Vietnam, y demostraban que la misma se pudo haber detenido varios años antes de 1973, ahorrando de esa manera muchas muertes en el Ejército americano.

Se trataba de material que el gobierno había calificado como “*top-secret-sensitive*”, dándole el máximo rango de confidencialidad posible (incluso a través de una figura de clasificación documental que hasta entonces no existía). El gobierno exigió al periódico que de inmediato cesara en la publicación de los documentos, pero el director se negó, aduciendo que se trataba de documentos que tenían importancia noticiosa, y que se referían a temas de interés general para los ciudadanos de los Estados Unidos. Unos días después, los mismos documentos comenzaron a publicarse en el *Washington Post*. El gobierno promovió un recurso ante la Suprema Corte para que ordenara detener la publicación. De esa manera dio comienzo el caso *New York Times vs. United States*, también conocido como el caso “Papeles del Pentágono”.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, p. 108.

<sup>204</sup> Lewis, Anthony, “Los papeles del Pentágono”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 153, junio de 2005, pp. 31 y ss.

Con independencia de los argumentos jurídicos vertidos tanto por el gobierno de los Estados Unidos como por los abogados de los dos periódicos involucrados, lo cierto es que en este caso se debatía sobre varios aspectos relacionados con la libertad.

Desde luego, un primer tema, el más inmediato, que tenían que resolver los jueces de la Suprema Corte, era el relativo a la libertad de prensa: ¿se podía admitir que se ordenara dejar de publicar cierta información, si la misma podía resultar —a criterio del gobierno— perjudicial para la seguridad nacional y para la paz en Vietnam?

Al prohibir la publicación se estaba con toda probabilidad legitimando una suerte de censura previa. ¿Era admisible en una democracia? Seguramente Alexis de Tocqueville, ese gran observador de la realidad política y social de los Estados Unidos, hubiera contestado que no. Tocqueville dijo sobre la censura lo siguiente:

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen, y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.<sup>205</sup>

Pero además del aspecto vinculado con la libertad de prensa, había otro asunto muy relevante en el caso de los “Papeles del Pentágono”: ¿hasta dónde llegaba el derecho del pueblo estadounidense a conocer las actividades de sus gobernantes? Y vicever-

<sup>205</sup> *La democracia en América*, México, FCE, 2001, p. 199.

sa: ¿hasta dónde llegaba el derecho del gobierno a mantener bajo secreto decisiones o datos que pueden ser de interés público en la medida en que le permiten al ciudadano tomar decisiones políticas relevantes?

La Suprema Corte estuvo a la altura del reto planteado y en una decisión muy complicada, en la que hubo varios votos concurrentes y algunos minoritarios, decidió permitir la publicación de los documentos. La sentencia tiene solamente cuatro párrafos, y en el segundo se citan dos precedentes de la propia Corte en los que se señala: “Todo sistema de censura previa del que conozca este Tribunal tiene una fuerte presunción de estar viciado de inconstitucionalidad” (precedente tomado del caso *Bantam Books Inc. vs. Sullivan* de 1963), razón por la cual “el gobierno debe asumir la dura carga de justificar la necesidad de la censura” (precedente tomado del caso *Organization for a Better Austin vs. Keffe* de 1971).<sup>206</sup>

En el caso concreto, el gobierno no pudo superar la carga de la prueba, y la Corte no admitió el sistema de censura previa. El juez William O. Douglas, en su voto particular concurrente, escribió: “El secreto en relación con el gobierno es profundamente antidemocrático, y un instrumento para la perpetuación de errores burocráticos. Que exista un debate abierto y que se discutan los asuntos públicos son cosas vitales para nuestra salud nacional”.<sup>207</sup>

El caso que estamos comentando tiene mucho que ver con la libertad en general, además de la relación que guarda con ciertas libertades en particular. ¿Cómo puede un ciudadano sentirse libre si no cuenta con la información necesaria para tomar las mejores decisiones en relación a su gobierno? La guerra de Vietnam les costó a los ciudadanos estadounidenses vidas humanas y muchísimo dinero de sus impuestos. ¿No tenían derecho a conocer

<sup>206</sup> Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *op. cit.*, nota 183, p. 361.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 364.

todos los datos disponibles, siempre que la difusión de tales datos no supusiera una amenaza real e inminente para la vida de sus soldados?

La decisión de los periódicos *The New York Times* y *The Washington Post* no puede dejar de celebrarse, ya que sus directivos comprendieron bien la necesidad de poner por encima de cualquier otra consideración la libertad de prensa y el derecho del ciudadano a estar informado. Eso es lo que hace de los Estados Unidos un régimen democrático muy sólido, a pesar de todos los errores y atropellos que ha cometido durante décadas. Esos atropellos no oscurecen el hecho de que se reconozca que uno de los valores más altos de los que se precia la democracia estadounidense es precisamente la libertad de expresión.

Quizá sea oportuno recordar uno de los textos canónicos que ponen en relación dicha libertad con la solidez del régimen democrático. Se trata del voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney vs. California*, resuelto en 1927. Es un pasaje más o menos largo, pero vale la pena transcribirlo en su integridad, tanto por su belleza literaria, como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de Brandeis fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pue-

blo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno estadounidense. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento...

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional...

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución.<sup>208</sup>

<sup>208</sup> Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de Brandeis; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión, y de su importancia para el sistema democrático; algunos

La narración del profesor Stone termina con el momento actual que está viviendo el gobierno de los Estados Unidos, enfrascado en la guerra contra el terrorismo a la que ya hemos hecho referencia.<sup>209</sup>

Por un lado, Stone se congratula de que en esta etapa de guerra nadie ha defendido la idea de que se busque acallar a los opositores, incluso a aquellos que han demostrado una oposición feroz y radical a las actuaciones armadas de los Estados Unidos fuera de sus fronteras, como el presidente del Partido Demócrata, Howard Dean. Esto significa un avance en relación a experiencias pasadas como las que ya hemos referido en páginas anteriores.

Pero Stone se muestra preocupado por el hecho de que el presidente Bush ha utilizado a las amenazas terroristas para mantener en un estado de pánico a buena parte de la población, y ha utilizado el concepto de guerra para obtener autorizaciones y poderes que en tiempos de paz le habrían sido negados.

También repasa Stone en la dificultad de mantener una “guerra infinita” en la que ciertas restricciones de derechos quizá se vuelvan permanentes.<sup>210</sup> Fue el secretario de Defensa de Bush, Ronald Rumsfeld quien dio una idea muy certera de la visión del gobierno acerca de la duración de la guerra y de la forma de terminarla: “La guerra se habrá ganado, dijo Rumsfeld, cuando los estadounidenses vuelvan a sentirse tranquilos”.

Es seguro que Rumsfeld no había leído, cuando pronunció esa frase, el magnífico libro *La sociedad del riesgo* que Ulrich Beck publicó en 1986, en el que se contiene una poderosa argumentación que demuestra que vivimos en “sociedades del riesgo”, y que la presencia de peligros en el mundo actual ha llegado para

han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V a. C.; para una reflexión sobre este asunto, véase Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, SIP, 2000, p. 76.

<sup>209</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, *cit.*, nota 174, pp. 128 y ss.

<sup>210</sup> *Ibidem*, pp. 129 y 130.

quedarse. De modo que no se comprende bien cuándo se podrá dar por ganada la guerra, si seguimos la lógica de Rumsfeld. Quizá nunca.

Lo interesante para el tema de las libertades es que la guerra contra el terrorismo emprendida por Bush ha terminado por hacer pedazos a varias de ellas, pues el gobierno ha realizado actos ilícitos que han quedado impunes, entre los que se puede citar las detenciones secretas de miles de extranjeros, las deportaciones en secreto, la vigilancia intensiva sobre grupos religiosos, las intercepciones de llamadas telefónicas sin autorización judicial y la denegación de derechos a los detenidos en Guantánamo.<sup>211</sup>

Uno de los casos más graves que cita Stone es el que se produjo contra José Padilla, ciudadano estadounidense al que el gobierno hizo literalmente desaparecer durante meses. Padilla fue detenido en el aeropuerto O'Hare en Chicago, bajo la acusación de participar en la fabricación de una "bomba sucia". Fue arrestado y enviado a la Prisión Metropolitana de Nueva York, en la que su abogada de oficio adujo que su detención era inconstitucional. Antes de que se pudiera tramitar el correspondiente recurso de *habeas corpus*, Padilla fue llevado por órdenes del secretario Rumsfeld a una prisión militar en Carolina del Norte, bajo la calificación de "combatiente enemigo de los Estados Unidos". No se le dio aviso a nadie del traslado. Ni a sus familiares, ni a sus amigos, ni a sus compañeros de trabajo. Lo mantuvieron incomunicado, sin derecho a tener un defensor o a promover un recurso en su defensa, y sin que se hubiera realizado ninguna audiencia para determinar la legalidad de su detención. Su "desaparición" duró tres años. Stone no duda en describir esta agresión como una muy parecida al "estilo Gestapo".

Cuando el caso finalmente llegó a la Suprema Corte, la administración estadounidense decidió poner fin a los 44 meses de cautiverio de Padilla y le abrió un proceso penal bajo cargos que

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 130.

no tenían nada que ver con la “bomba sucia”. El caso *Padilla vs. Rumsfeld* llegó hasta la Suprema Corte, la cual emitió una sentencia analizando solamente aspectos formales de procedimiento relativos a la competencia para conocer del recurso de *habeas corpus* promovido por Padilla, sin entrar al fondo de la violación de derechos.<sup>212</sup>

El juez John Paul Stevens, decano de la Corte y líder de su cada vez más exigua ala liberal, escribió un voto particular en el que reconoce expresamente el tamaño de la atrocidad realizada por el gobierno contra la libertad de un ciudadano estadounidense. Sus palabras son las siguientes:<sup>213</sup>

Lo que está en juego en este caso es nada menos que la esencia de una sociedad libre. Aun más importante que la manera mediante la que el pueblo selecciona a quien le gobierna, son los límites que el Estado de derecho y el imperio de la ley imponen al Poder Ejecutivo. Si el Ejecutivo puede detener libremente a un ciudadano para investigarlo y para impedir actividades subversivas, entonces estamos ante la esencia caracterizada de la arbitrariedad inquisitorial. Garantizar a los ciudadanos el derecho a un abogado es protegerlos de las ilegalidades y arbitrariedades del poder... La detención por el gobierno de ciudadanos subversivos, al igual que la detención de los soldados enemigos para apartarlos del campo de batalla, puede en ocasiones estar justificada para evitar que continúen combatiendo y disparen misiles de destrucción (o que se conviertan ellos mismos en una de estas armas). Pero no se puede en ningún caso justificar con la única finalidad de arrancarles información mediante procedimientos ilegales e injustos. Uno de estos procedimientos es la detención incomunicada durante meses. Resulta irrelevante que la informa-

212 Ronald Dworkin ha analizado la sentencia de este caso y de otros similares en su ensayo “Guantánamo y la Corte Suprema de EUA”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 146, octubre de 2004, pp. 4-11.

213 Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *op. cit.*, nota 183, pp. 669 y 670.

ción que así se haya obtenido sea más o menos fiable que la que se consiga mediante formas de tortura más extremas. Si esta nación quiere permanecer fiel a los ideales que su bandera simboliza, no debe emplear procedimientos propios de tiranos, ni siquiera para defenderse del ataque de las fuerzas de la tiranía.

Otro episodio funesto de la guerra de Bush contra el terrorismo se produjo mediante el sistema de vigilancia autorizado por el fiscal general John Ashcroft, quien en 2002 permitió que se vigilara a grupos religiosos y sociales, aún si no había evidencia alguna de que estuvieran relacionados con actividades ilícitas. Es decir, los vigilaban nada más porque sí, con base en sus creencias religiosas. Por primera vez, en más de un cuarto de siglo, el FBI quedaba autorizado para espiar actividades políticas y religiosas.

La Agencia Nacional de Seguridad (NSA, por sus siglas en inglés) también fue autorizada para intervenir comunicaciones privadas sin contar con una orden judicial, así como para guardar el contenido de esas comunicaciones por un tiempo indeterminado. La medida, que resulta evidentemente inconstitucional, fue severamente cuestionada por un número considerable de profesores de derecho constitucional,<sup>214</sup> entre los que se encontraban intelectuales tan distinguidos como Ronald Dworkin, Laurence Tribe, el propio Geoffrey Stone, Richard Epstein y Kathleen Sullivan.

La narración de los abusos que se han perpetrado por parte del gobierno de los Estados Unidos durante su “guerra infinita” contra el terrorismo podría prolongarse hasta abarcar varios volúmenes. El exceso de su respuesta inicial, la mala conducción de las guerras en Afganistán e Irak, el desprecio por los derechos humanos dentro y fuera de sus fronteras, la cínica utilización política de los niveles de alerta, la instrumentalización del discurso del miedo, la falta de respeto a las Naciones Unidas y al derecho in-

<sup>214</sup> Cole, David *et al.*, “On NSA Spying: a Letter to Congress”, *The New York Review of Books*, vol. LIII, núm. 2, 9 de febrero de 2006, pp. 42-44.

ternacional, etcétera, son episodios que merecerían un profundo análisis por separado.

La vida intelectual de los Estados Unidos y muchos otros países también se ha cimbrado luego de los atentados contra las Torres Gemelas. Los más destacados juristas y científicos sociales han debatido con gran intensidad acerca de las mejores vías de respuesta al terrorismo, y han defendido puntos de vista no solamente distantes, sino completamente opuestos. Esa participación tan activa nos ha permitido contar con herramientas de análisis para comprender el tamaño del reto, las posibles salidas, los errores de las partes, la falsedad o verdad de ciertos discursos y, en definitiva, el papel de cada uno de nosotros en este debate.<sup>215</sup>

Al final, más allá de la comprensible confusión que se genera cuando se tiene que enfrentar un desafío que pone en peligro el futuro mismo de toda una civilización, creo que ahora contamos con las bases conceptuales suficientes para formarnos nuestro propio criterio y para actuar en consecuencia, lo que equivale a decir que somos más libres y podemos ejercer nuestra autonomía para pensar y actuar frente al terrorismo y frente a la guerra.

## 2. *La respuesta (jurídicamente) correcta a la guerra*

La narración de las vicisitudes históricas que ha sufrido Estados Unidos cuando ha tenido que enfrentarse a los dilemas susci-

<sup>215</sup> No es posible ofrecer una bibliografía, ni siquiera básica, alrededor del fenómeno del terrorismo. Para quienes prefieran los estudios desde una óptica jurídico-política, quizá encuentren interesantes las siguientes referencias, además de algunas de las que ya se han citado: Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; Ackerman, Bruce, *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Madrid, Península, 2007; Posner, Richard A., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; Tushnet, Mark (ed.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Durham, Duke University Press, 2005.

tados por la guerra, nos ponen ante la evidencia de que quienes gobiernan un país deben tener la cabeza fría antes de dar rienda suelta a sus pasiones o a sus miedos.

La mejor respuesta que se puede dar al terrorismo es la que se basa en el Estado de derecho y en la aplicación estricta de las leyes. Si un país democrático decide cruzar la línea que lo separa de los terroristas y se convierte él mismo en violador de derechos fundamentales, no solamente estará tirando a la basura la legitimidad política con la que ejerce sus funciones, sino que les estará haciendo el juego a los propios terroristas. En efecto, lo que busca la violencia terrorista es generar mayor violencia y obtener un reconocimiento político por parte de sus enemigos.

La respuesta serena y contundente que consiste en la aplicación de la ley es la mejor alternativa para poner freno a las acciones terroristas, por un lado, pero también para restarles legitimidad política a sus objetivos homicidas. De esa manera, además, el Estado que ha sido atacado pone una gruesa franja de separación, basada en la legalidad, entre los terroristas y sus fuerzas de seguridad.

Creo que lo anterior queda bien ilustrado si se contrapone la respuesta que el gobierno de los Estados Unidos dio a los atentados de las Torres Gemelas, con la del gobierno de España, motivada por el atentado en cuatro trenes de Madrid el 11 de marzo de 2004. No faltará quien diga que ambos atentados no guardan proporción alguna, y que el de Nueva York fue mucho más sangriento y devastador. Desde luego que hay una gran diferencia entre las dos catástrofes, pero no cabe minimizar el atentado de Madrid, puesto que con sus casi 200 víctimas mortales y más de mil heridos, fue el hecho más sangriento de su tipo producido en suelo europeo después de la Segunda Guerra Mundial.

La respuesta de las autoridades españolas fue la de emplear a fondo a sus fuerzas de seguridad, perseguir y capturar a los presuntos responsables a través de un ejercicio de inteligencia policiaca y de coordinación con otros países, para después juzgarlos a través del tribunal competente previamente señalado por la

ley. Nada de declararle la guerra a otros países, nada de crear cárceles clandestinas para encerrar en secreto a combatientes enemigos, nada de invasiones, ni de torturas, tribunales militares o interrogatorios por medio de la fuerza.<sup>216</sup>

Hay que dejar claro que existe una distancia considerable entre la respuesta militar y la respuesta policiaca a los actos terroristas. La “guerra” contra el terrorismo comporta correr muchos de los riesgos que ya se han visto al repasar la historia de los Estados Unidos: violación de derechos fundamentales, persecución de los disidentes, ahogamiento de la libertad de expresión, intrusiones indebidas en domicilios o intervención de comunicaciones, etcétera.

Además, si la guerra es llevada más allá de las fronteras del Estado en cuestión, entonces se producirá de forma casi inexorable una violación del derecho internacional. Cuando se emprende una acción militar contra grupos que actúan sobre la base de pequeñas células, cuyos integrantes evidentemente no portan uniformes, es probable que aumenten las muertes de civiles, sin que la cantidad de daño infringido guarde muchas veces relación con el daño producido por los terroristas.

Basta pensar en que los atentados a las Torres Gemelas produjeron casi tres mil muertos, pero la invasión estadounidense a Irak ha generado más de 120 mil, muchos de ellos civiles sin responsabilidad alguna en el conflicto, víctimas de la mala suerte que supone el haber nacido en el país equivocado y en el momento equivocado (además de cuatro mil militares estadounidenses muertos, cifra que incluye las bajas estimadas hasta comienzos de 2008).

Una desproporción tan grande entre el daño sufrido y el daño infringido no tiene justificación alguna, por más que se acepte que una sola muerte es ya de por sí una catástrofe, y que el número de víctimas no es el único parámetro con el que se puede

<sup>216</sup> Greppi, Andrea, “La respuesta a los atentados del 11-M”, *Nexos*, México, núm. 363, marzo de 2008, pp. 31 y ss.

medir la crueldad de los asesinos. Pero tenemos que reconocer que la asimetría entre un atentado terrorista y una respuesta militar es un dato relevante, si se le analiza a la luz del número de víctimas de cada uno.

A menos que se piense que hay unas víctimas que son más importantes que otras, lo que seguramente es una idea muy difundida en varios países. Las muertes de personas que viven en países considerados “enemigos” no son importantes, y da igual si eran mujeres, niños u hombres que iban pasando por la zona de guerra. En cambio, una víctima propia, una víctima del “país de la libertad” tiene un valor superior que llega a justificar, incluso, que se siga matando a los extranjeros enemigos o que se les degrade al rango de no-personas a través de la abyecta práctica de la tortura.

Además de lo anterior, no es difícil constatar que las armas con que cuentan los ejércitos modernos son especialmente inadecuadas para combatir el terrorismo; como lo ha señalado Zygmunt Bauman:

Dado el carácter de las armas modernas de que disponen los ejércitos, las respuestas a actos terroristas de esa clase sólo pueden resultar torpes, burdas y confusas; afectan un área mucho más amplia que la que padeció el acto terrorista inicial, causan un número cada vez mayor de ‘víctimas colaterales’ y de ‘daños colaterales’, y generan más terror del que los terroristas habrían podido producir por sí solos con las armas que tenían a su disposición.<sup>217</sup>

Aparte de lo anterior, también cabe preguntarse —a la luz de lo expuesto en el apartado anterior— sobre el papel de los tribunales durante los periodos de guerra. Como se puede ver al reparar la historia de los Estados Unidos, los abusos de los poderes Ejecutivo y Legislativo han sido confrontados mediante acciones

<sup>217</sup> Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, pp. 33 y 34.

judiciales. En algunos casos, la respuesta de los tribunales ha sido decepcionante, pero en muchos otros los jueces han estado a la altura de su tiempo, y han puesto un dique a las pulsiones autoritarias de las autoridades civiles y militares.

No cabe duda que, cuando un país enfrenta las convulsiones naturales de la guerra, su estructura constitucional se ve afectada y sus autoridades requieren del uso de facultades extraordinarias para hacer frente a situaciones extraordinarias. Pero, incluso durante una guerra, las autoridades tienen que respetar ciertos derechos. Stone da en el blanco del dilema cuando señala que no se trata de preguntarnos si los derechos fundamentales deben ser protegidos durante un periodo de guerra (la respuesta es indubitablemente sí), sino sobre la mejor forma de proteger esos derechos sin evitar que el gobierno responda efectivamente a una crisis.<sup>218</sup>

La evidencia histórica nos permite concluir, señala Stone, que el Congreso y el presidente han tendido con cierta frecuencia a minar los derechos de los ciudadanos a través de sus desproporcionadas respuestas frente a las amenazas externas e internas, pero nunca se ha visto una respuesta excesiva de los tribunales defendiendo más allá de lo razonable tales derechos. Es decir, los tribunales nunca se han excedido al frenar los abusos de los poderes públicos en defensa de los ciudadanos, de manera tal que sus sentencias hayan lesionado la seguridad nacional o hayan minado la capacidad de respuesta del gobierno frente a los desafíos de la guerra. Por tanto, el problema no ha sido el exceso de celo judicial al momento de proteger los derechos fundamentales, sino más bien lo contrario.<sup>219</sup>

A fin de cuentas, la respuesta más adecuada a las amenazas de la guerra y del terrorismo requiere de la conjunción de una serie de factores y de la responsabilidad de los actores políticos.

<sup>218</sup> Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, p. 180.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 180.

En el último párrafo de su magnífico libro, Stone señala que para lograr el balance adecuado entre la protección de los derechos y la eficacia de las autoridades para combatir las amenazas, se debe contar con líderes políticos que distingan entre el bien y el mal, jueces que sepan mantenerse firmes frente a la furia de los tiempos que les toca vivir, abogados y académicos que nos auxilién a comprender con claridad la situación, una prensa sensata, libre y responsable, miembros del Poder Legislativo que sean celosos guardianes de la división de poderes, y que insistan en la transparencia del Ejecutivo y en su rendición de cuentas, jueces de la Suprema Corte que tengan la sabiduría de detectar los excesos y el coraje para preservar la libertad cuando se ponga en peligro, pero sobre todo —lo que quizá es más importante que el resto— ciudadanos informados y tolerantes que valoren no solamente sus propias libertades, sino también las libertades de los demás.<sup>220</sup>

Cualquier lector mexicano seguramente podría estar tentado a preguntarse si en nuestro país podemos contar con alguno o algunos de estos elementos. Podríamos y deberíamos preguntarnos por el papel que han jugado, en la protección de nuestras libertades, los líderes políticos, los jueces, los abogados litigantes, los académicos encargados de analizar nuestro desarrollo democrático, los medios de comunicación, los diputados y senadores, los ministros de la Suprema Corte e incluso los propios ciudadanos. Es posible que un examen riguroso de cada uno de estos sujetos protagonistas del debate público mexicano arrojara más de alguna decepción. En todo caso es importante contar con el estándar de lo que *debería* hacer cada uno de ellos, a fin de confrontarlo con lo que *realmente hace*, y poder sacar las conclusiones pertinentes.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 184.

### 3. *Guerra al narcotráfico y abusos inconstitucionales*

No hay duda que la gran mayoría de la humanidad ha sacrificado la libertad a la menor ocasión por otros fines: seguridad, posición, prosperidad, poder, virtud, recompensas en la vida futura; o justicia, igualdad, fraternidad y muchos otros valores que parecen incompatibles, en su totalidad o parcialmente, con el logro del mayor grado de libertad individual, y que desde luego no la necesitan como precondition de su propia realización.

Isaiah BERLIN

La destrucción violenta de la vida y de la propiedad a causa de la guerra, el continuo esfuerzo y la alarma que provoca un estado de peligro sostenido, llevarán a las naciones amantes de la libertad a buscar el reposo y la seguridad poniéndose en manos de instituciones con tendencia a socavar los derechos civiles y políticos. Para estar más seguros, correrán el riesgo de ser menos libres.

Alexander HAMILTON

La última parte del apartado anterior nos permite entrar a dos aspectos concretos de la relación entre la libertad y la guerra: la forma en que se utiliza el concepto de guerra y la respuesta que frente a los desafíos de la criminalidad organizada ha tenido el Estado mexicano. Hacer este análisis en México es mucho más complicado que hacerlo en los Estados Unidos, dada la falta de cultura de la transparencia, la escasa rendición de cuentas en se-

de parlamentaria, y el muy bajo grado de compromiso de los tribunales en la contención de los excesos por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Con todo, quizá valga la pena apuntar ciertos aspectos destacados que nos permitan comprender mejor la realidad en los difíciles tiempos que nos están tocando vivir a principios del siglo XXI.

En México, por fortuna hace mucho tiempo que no se ha declarado la guerra contra ninguna nación extranjera. La última vez fue con motivo de la entrada de nuestro país en la Segunda Guerra Mundial, en cuyo desenlace las fuerzas armadas mexicanas jugaron un papel menor, y la población no se vio expuesta a los graves daños que siempre se producen durante los conflictos armados.

Sin embargo, cabe advertir que sí se ha hecho presente en México la retórica de la guerra, es decir, la utilización propagandística de conceptos bélicos por parte de algunos gobernantes y también por parte de algunos líderes de opinión. En nuestro caso, se le ha llamado “guerra” al frente de combate contra el narcotráfico que tienen abierto las autoridades de todos los niveles de gobierno, y que se ramifica hacia otras modalidades de la delincuencia organizada (desde el lavado de dinero hasta el robo de autos o el secuestro).

Nadie puede ocultar la gravedad de las amenazas del crimen organizado y su abierto desafío a la institucionalidad del Estado mexicano. Pero dicha gravedad no justifica que se hable de guerra, y muchos menos que se rebasen los límites constitucionales al utilizar herramientas de combate al crimen que no están permitidas por la Constitución.

Cabe recordar que el artículo 129 de la Constitución mexicana es muy claro cuando establece que “en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. Cualquiera que sea el método de interpretación que se aplique para determinar el significado y el alcance de esta frase, no se puede pasar por alto su clara y contundente prohibición de que las autoridades militares

realicen funciones distintas a las propias de la disciplina castrense y a aquellas otras que guarden con ella estrecha conexión.

Pues bien, a raíz de la lucha contra el narcotráfico, el presidente de la República decidió a partir de diciembre de 2006 enviar a las fuerzas armadas a patrullar las calles y a realizar tareas de seguridad pública. Lamentablemente fueron pocos los analistas que cuestionaron esta inconstitucional decisión, y la misma actitud complaciente pudo observarse en muchas instancias del poder público.

La población, por su parte, se mostró por lo general de acuerdo con la decisión del presidente, seguramente como resultado del asedio permanente de la criminalidad organizada sobre muchas comunidades, y con la esperanza de que los soldados no resultaran tan ineficientes y corruptos como los policías.

Como era de esperarse, al poco tiempo del envío de efectivos militares a diversas entidades federativas, se comenzaron a documentar todo tipo de abusos y violaciones de derechos fundamentales. Entrada en domicilios sin orden judicial, asesinato de familias en retenes, desempeño de sus funciones bajo influjo de varias drogas, etcétera. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tuvo que dedicar varias de sus recomendaciones de 2007 al tema.<sup>221</sup>

Cuando la opinión pública comenzó a cuestionar la viabilidad de mantener al Ejército en las calles, los defensores de la idea citaron un precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que avalaba la constitucionalidad de las medidas. En efecto, en enero de 1996 un grupo de diputados de oposición impugnaron ante el Pleno de la Suprema Corte, por medio de la interposición de una acción de inconstitucionalidad, un par de fracciones del artículo 12 de la “Ley General que establece las Bases de la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública”. La objeción de fondo de quienes impugnaron la constitucionalidad

<sup>221</sup> Todas ellas pueden verse en [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx).

de una parte de ese precepto tenía que ver con la posibilidad de que los militares se vieran involucrados en tareas de seguridad pública, lo cual —bajo su óptica— viola claramente la primera parte del artículo 129 constitucional,<sup>222</sup> de acuerdo a lo que ya hemos expuesto.

Por lo que hace a la interpretación del artículo 129 (en la acción de inconstitucionalidad, los demandantes hicieron valer violaciones también a otros preceptos constitucionales), la Suprema Corte sostuvo una visión de carácter histórico:

Estableciendo que al discutirse por el Constituyente de 1857 el texto que sirvió de base al artículo 129 de la Constitución de 1917, se trató de evitar que el Ejército pudiera actuar por sí y ante sí, y se buscó que al hacerlo quedara sujeto a las órdenes de las autoridades civiles. Partiendo de la intención atribuida al Constituyente de 1857, la Corte sostuvo que las autoridades militares podían actuar en auxilio de las civiles siempre que estas últimas las requirieran para tal efecto.<sup>223</sup>

La Corte se apoyó también en lo dispuesto en la fracción VI del artículo 89 constitucional que faculta al presidente de la República para disponer de “la totalidad de la fuerza armada o sea del Ejército, de la armada y de la fuerza aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”, y en criterios “más bien pragmáticos y consecuencialistas”.<sup>224</sup>

Si hacemos a un lado los abusos contra los derechos humanos, mismos que ya han costado la vida de familias enteras incluyendo la de menores de edad, lo peor de utilizar al Ejército para

<sup>222</sup> Una muy apretada pero completa síntesis de los planteamientos y de las respuestas de las autoridades demandadas se puede ver en Cossío, José Ramón, “La pluralidad de sentidos de las normas constitucionales, las fuerzas armadas y la seguridad pública”, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998, pp. 99-104.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>224</sup> *Idem*.

combatir al narcotráfico ha sido la legitimación en el discurso público de la lógica de la guerra. Eso ha producido, entre otras consecuencias, que se haya difundido la percepción de que, como estamos en guerra, todo vale. Además, el discurso ha servido para reforzar un liderazgo personal del presidente de la República, quien ha aparecido en decenas de ocasiones junto a los jefes militares, incluso ataviado con uniforme castrense.

Lo cierto, sin embargo, es que los mismos argumentos que se han dado en el apartado anterior sobre la mejor forma de combatir al terrorismo, pueden también aplicarse a la lucha contra el narcotráfico. Lo mejor que puede hacer un Estado de derecho es enfrentar a los violentos utilizando las armas de la legalidad.

Es comprensible que sea difícil combatir al narcotráfico cuando corporaciones enteras de la policía están infiltradas o son corrompidas por los grandes capos del crimen organizado. Pero hacerlo por fuera de los cauces de la ley puede ser tanto o más peligroso. Todos los mexicanos deseamos que el Estado combata con energía y decisión a quienes violan las leyes. En esto todos estamos con el presidente y lo apoyamos. Pero creo que tiene sentido discutir la mejor forma de lograr ese objetivo. Las autoridades civiles deben ser las encargadas de investigar, detener y en su caso procesar a los presuntos narcotraficantes, sin que haya para ello ninguna excusa.

Apelar a las fuerzas armadas tiene un costo político considerable. Por un lado se corre el riesgo ya mencionado de que los militares violen derechos fundamentales y utilicen herramientas propias de la guerra para perseguir a delincuentes comunes y corrientes (como sucedió en Michoacán durante un ataque a una casa en la que se habían refugiado un grupo de presuntos narcotraficantes, contra la que el Ejército prefirió utilizar fuego de tanquetas y armas de alto calibre en vez de ejercer la disuasión para que se rindieran; el resultado fue que todos los que estaban dentro de la casa murieron).

Por otra parte, al tener un papel político más relevante, las fuerzas armadas pueden ponerse en una posición de exigir bene-

ficios, privilegios y prebendas al poder civil. Por ejemplo, pueden exigir que el fuero castrense para juzgar a militares sea lo más amplio posible, tal como viene sucediendo en los últimos años, dado que algunos militares acusados de cometer delitos contra civiles son investigados y procesados por autoridades militares, violando de esa forma el artículo 13 constitucional cuando dispone que:

Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

#### 4. *La alternativa radical*

Hay una forma radical, aunque poco aconsejable, para hacer a un lado las libertades con el propósito de enfrentar sin obstáculos el terrorismo o el narcotráfico: apelar a la suspensión de derechos, prevista en México en el artículo 29 de la Constitución.

La suspensión de derechos dentro de un Estado democrático es una medida que debe ser utilizada con mucha precaución. La experiencia histórica nos indica que, a pesar de que su finalidad consiste en la protección excepcional del Estado cuando se deben enfrentar retos mayúsculos, muchas veces se ha utilizado para lo contrario; es decir, en diversos momentos de la historia—sobre todo en América Latina— se ha acudido a la suspensión de derechos para liquidar sistemas democráticos e imponer gobiernos *de facto* de corte autoritario o dictatorial.

Conviene recordar que la suspensión de derechos es una institución que no tiene por efecto aumentar los poderes de los gobernantes, sino permitir tomar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de las reglas del Estado de derecho. No es una invitación a la arbitrariedad, sino justamente su mecanismo de

contención bajo situaciones de emergencia. Debe en todo caso estar fundada y motivada. Debe también disponer medidas de respuesta proporcionadas a la situación de peligro por la que se están suspendiendo los derechos.

La decisión de decretar una suspensión de derechos debe ser siempre revisable por los tribunales nacionales e internacionales, ya que la mejor forma de evitar abusos por parte del gobierno al utilizar esta figura es a través de su judicialización, como lo ha propuesto Héctor Fix-Zamudio.<sup>225</sup> De esta manera se someten las decisiones gubernativas en la materia a un control de constitucionalidad y legalidad a cargo de los jueces y, sobre todo, se pone de manifiesto que no se trata de una “cuestión política” que queda fuera del ámbito de supervisión del Poder Judicial. El mismo autor afirma que:

*La revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas, en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.*<sup>226</sup>

Aunque la Constitución no lo establece expresamente, en México no todos los derechos pueden suspenderse. No lo pueden ser por mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 27.2 no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4o. (derecho a la vida), 5o. (dere-

<sup>225</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 136.

<sup>226</sup> *Idem.*

cho a la integridad personal),<sup>227</sup> 6o. (prohibición de la esclavitud), 9o. (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de la niñez), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.<sup>228</sup>

Durante muchos años, el tema de la suspensión de derechos y garantías ha tenido un desarrollo menor al que hubiera sido oportuno dentro de la teoría constitucional mexicana. Este fenómeno quizá esté justificado por el hecho, ciertamente plausible, de que en México no se ha acudido a las medidas de suspensión con la frecuencia que lo han hecho otros países de América Latina.<sup>229</sup> Si bien es deseable que nuestro país se mantenga en esa posición y no caiga en tentaciones represivas de corte autoritario, lo cierto es que hay elementos en el contexto internacional que nos permiten sostener la pertinencia de reflexionar con una mirada nueva sobre el tema. De hecho, como ya se ha visto, algunos de los teó-

<sup>227</sup> Véase el artículo 5o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que establece la prohibición de justificar la tortura aun en estados de guerra, emergencia, sitio, conmoción interior, etcétera.

<sup>228</sup> En sentido parecido debe verse el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 8/87 “El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y 9/87 “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”; ambas opiniones consultivas se pueden consultar en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. II, pp. 869 y ss.

<sup>229</sup> Héctor Fix-Zamudio, en referencia al siglo XIX latinoamericano, apunta que “en una época de inestabilidad política en Latinoamérica, debido a las continuas revueltas y los golpes de Estado auspiciados por los caudillos, predominantemente militares, abundaron las represiones extraconstitucionales, ya que las declaraciones de emergencia se utilizaron con el fin contrario a su regulación, es decir, en lugar de la conservación del orden constitucional se produjeron largos periodos de gobiernos autoritarios”, *op. cit.*, nota 225, p. 130.

ricos más destacados a nivel mundial dentro del campo de constitucionalismo han dedicado importantes esfuerzos a replantear la representación tradicional que tenemos de la forma en que el Estado constitucional debe responder frente a las emergencias, sobre todo frente a las derivadas de posibles ataques terroristas.

¿El desafío que la criminalidad organizada ha lanzado al Estado mexicano amerita una suspensión de derechos, aunque sea de forma acotada temporal y geográficamente? Aunque la situación es realmente grave en muchos municipios y en algunas entidades federativas, creo que todavía puede ser manejada utilizando las vías “normales” que ya están previstas en el sistema jurídico mexicano, sin recurrir a la figura de la suspensión.

Con todo, no hay que olvidar que el factor del miedo de la población y la desmesura de los políticos pueden suponer, en este tema, una combinación letal. Las frases de Isaiah Berlin y de Alexander Hamilton que encabezan el presente apartado nos advierten de una experiencia universal: los pueblos prefieren ceder su libertad a favor de mayor seguridad.

Cuando las personas no se sienten seguras, prefieren ceder parte de sus derechos fundamentales y permitir ciertos abusos de las autoridades, pensando que de esa manera se podrán combatir mejor las causas de su miedo y de su zozobra. Lo cierto es que hay que estar advertidos de los riesgos que eso supone. Las libertades civiles han sido conquistadas precisamente como una forma de poner límites al poder público despótico.

Las reglas del debido proceso legal no son inventos literarios ni artificios académicos sin significado ni contenidos prácticos. Por el contrario, son el resultado de siglos de reflexión acerca de la mejor forma de acercarse a la verdad de los hechos dentro de un proceso o de una investigación criminal. Son escudos de protección de los más débiles frente al poder del Estado.

Los derechos de libertad son los que nos permiten vivir como personas autónomas, que pueden desarrollar sus planes de vida sin tener el permanente temor a que el Ejército se meta en sus ca-

sas, que intervenga sus llamadas de teléfono o que los detenga sin causa alguna para llevarlas a una prisión militar. Nada de eso es compatible con una sociedad democrática y ni siquiera el enorme desafío del crimen organizado justifica un recorte de nuestras libertades, que tanto ha costado ganar.

## IX. LIBERTAD, GOBIERNO Y PUEBLO

En el Museo Nacional del Louvre de la ciudad de París se puede observar uno de los cuadros más famosos de todos los tiempos, el cual contiene una de las imágenes más recurrentes para representar la libertad. Su autor fue Eugéne Delacroix, y su título es tanto o más afortunado que la representación gráfica: “La libertad guiando al pueblo”.

En el cuadro aparecen varios personajes armados, pero la figura central corresponde a una mujer que porta la bandera tricolor, y cuyo torso desnudo es una combinación entre los ideales de la belleza clásica y una “verdulera” de cualquier mercado de París.<sup>230</sup> En una mano porta la bandera y en la otra un fusil. El propio autor del cuadro aparece representado con una mirada entre intelectual y dubitativa, como sorprendido por los acontecimientos, pero dispuesto a dejarse llevar de la mano de los ideales que encarna la mujer que personifica a la libertad.

Lo importante es que Delacroix pinta para simbolizar que la libertad debe ser ganada, y que la batalla en su favor no la puede librar sino el pueblo mismo. La libertad corresponde al (o es ejercida por el) pueblo, de la misma forma que el poder corresponde al (o es ejercido por el) gobierno.

### 1. Libertad y gobierno

Así fue durante siglos, y esa posibilidad de los poderes públicos de doblegar la libertad fue la semilla que generó el impulso

<sup>230</sup> Suckale, Robert *et al.*, *Los grandes maestros de la pintura occidental. Una historia del arte en 900 análisis de obras*, Madrid, Taschen, 2002, p. 432.

del pensamiento ilustrado hacia el constitucionalismo, es decir hacia los ideales de los derechos fundamentales y de la división de poderes.

La libertad se impuso frente o contra el gobierno cuando el pueblo decidió luchar por conquistarla. Ese fue el revulsivo que está detrás de los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII, sobre todo por lo que se refiere al caso de la Revolución francesa.

Se buscaba asegurar una esfera de libertad de las personas frente a los poderes públicos. Para tal efecto, la Revolución francesa propone uno de los documentos seminales del constitucionalismo: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

Con sus escasos 17 artículos, la Declaración sienta las bases normativas e ideológicas de lo que con el paso del tiempo habrían de ser los grandes catálogos de derechos fundamentales que han llegado hasta nuestros días, aunque de forma bien diferente a la que tuvieron en la Francia revolucionaria.

Los derechos se constituyen, en un principio, como esferas de inmunidad de los individuos frente al Estado. Siglos más tarde, el constitucionalismo sigue llamado a abandonar esa visión inaugural y a perfeccionarse para seguir sirviendo a la libertad. Una libertad que, entrando en el siglo XXI, no es puesta en riesgo solamente por los poderes públicos, sino también por los poderes privados que inciden, directa e indirectamente, sobre ella, y que sin tregua determinan de mil maneras nuestra conducta, así como las posibilidades de realización de nuestra autonomía vital. Inciden en nuestras ideas, pero también son responsables de los recursos que tenemos (o no tenemos) a nuestro alcance.

En este contexto, la mirada hacia los gobiernos y los poderes públicos que los encarnan debe cambiar. De ser visto simplemente como el “enemigo a vencer”, el poder del Estado se ha convertido en una trinchera más de defensa frente a los llamados “poderes salvajes”, según la ya citada terminología de Luigi Ferrajoli.

Ahora bien, ¿qué podemos esperar razonablemente de los poderes públicos como agentes encargados de defender las libertades?

Cualquier mirada que decida despojarse de la ingenuidad puede darse cuenta de que los poderes públicos pueden hacer cada vez menos cosas para determinar la forma en que vivimos. Por un lado, como lo comentamos en los apartados precedentes, una parte importante de la población de muchos países democráticos simplemente le ha dado la espalda a la política. Si comparamos el nivel de conocimiento que tienen millones de jóvenes sobre una estrella musical o televisiva, con lo que saben acerca del partido político que gobierna su comunidad, nos daremos cuenta del enorme abismo que hay entre el poder real de los medios de comunicación o de las industrias del *marketing* cultural, y el ámbito de influencia de los poderes públicos.<sup>231</sup>

Pero ese ejemplo ilustra solamente una parte, seguramente la menos importante, del problema. El pesimismo acerca de las posibilidades de los poderes públicos se agudiza cuando pensamos en el poder de las grandes redes financieras internacionales, las cuales pueden poner de rodillas a los Estados, en cuestión de minutos. Pensemos simplemente en el poder que tienen las empresas “calificadoras de riesgo”, cuyos dictámenes sirven para elevar o reducir los intereses que deben pagar los Estados por su deuda. O bien pensemos en los llamados “fondos soberanos”, que están en manos de grandes conglomerados de inversión en busca de los países que les puedan proporcionar las mejores condiciones impositivas para dirigir sus activos financieros (aunque en este caso hablar de “condiciones” quizá sea exagerado; es más pertinente referirse simplemente a “concesiones” o “privilegios”).

Para intentar equilibrar estos enormes poderes, algunos autores han propuesto lo que se conoce como “tasa Tobin”, la cual se aplicaría para gravar el movimiento internacional de capitales con un modestísimo impuesto cuya finalidad principal sería fre-

<sup>231</sup> Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.

nar la capacidad especulativa de los mismos e incentivar a los inversores a permanecer durante un cierto tiempo en los países de destino de sus recursos. El producto de dicho impuesto sería administrado por la ONU, y su utilización estaría “etiquetada” para cuestiones educativas y de desarrollo de los países más pobres.

La maquinaria de las finanzas internacionales mueve trillones de dólares cada día y, aunque sea indirectamente, determina la vida o la muerte de millones de personas. Lo curioso es que no responde ante ningún tipo de control democrático, ni siquiera indirecto. No hay Estado que se atreva a hacerle frente; los gobernantes, más bien, hacen todo lo posible por atraer a sus directivos y les ofrecen condiciones atractivas para el desarrollo de sus empresas, incluso si eso supone reducir a cero las reglas en materia medioambiental o laboral.

Lo mismo sucede con los grandes consorcios mediáticos que ejercen un control vertical y horizontal sobre todo tipo de medios de comunicación. Un mismo grupo empresarial controla canales de televisión, estaciones de radio, prensa diaria, revistas semanales, quincenales o mensuales, así como páginas de Internet. Además, tiene su propia productora de publicidad, su propia editorial y, en ocasiones, su propia fábrica de papel. De este modo puede conjuntar esfuerzos en una única dirección para vender sus productos y derrotar cualquier posible competencia.

Imaginemos que uno de estos grandes grupos empresariales le propone al gobierno que le compre los libros escolares gratuitos. El gobierno se niega aduciendo falta de equidad en el precio de los libros. El grupo responde a través de sus canales de televisión, criticando la actuación del gobierno (todo gobierno es siempre criticable desde algún punto de vista); el gobierno se sigue negando a comprarle los libros, y entonces el grupo decide sumar críticas en sus periódicos y en sus estaciones de radio. En sus páginas de Internet comienzan a correr noticias infundadas (o no) sobre la vida privada de tal o cual miembro del gabinete. Se destapan presuntos escándalos de corrupción de familiares del presidente. Finalmente, el gobierno decide comprarle todos los

libros para la educación básica al grupo en cuestión, el cual gana millones de dólares con la transacción, que además está blindada en un contrato que le da el mismo trato durante los siguientes diez años.

Las críticas comienzan de inmediato a desaparecer. Los miembros de gabinete obtienen espacios privilegiados en la prensa, desde los cuales pueden defender sus proyectos y hacerse promoción de cara a su futuro político. Cuando los medios son cuestionados sobre su cambio de línea, responden que las condiciones han cambiado, y que la información nunca deja de llegar, por lo que es necesario pasar a otros temas.

Mientras tanto, todos quedan contentos, salvo los contribuyentes que deben pagar con dinero de sus impuestos libros escolares caros, y los usuarios de los medios de comunicación, que ni antes ni ahora comprenden qué parte de todo lo que ven y escuchan es realidad, y qué parte responde a intereses de los dueños de los medios.

El ejemplo anterior intenta ilustrar lo que sucede en la relación entre grupos empresariales y el gobierno. Pero lo mismo puede aplicarse, aunque de forma todavía más mercenaria y descarada, a la competencia entre intereses industriales. Los medios de comunicación son utilizados en ocasiones (en México lo han sido) para criticar a rivales dentro de un sector económico. Los dueños propagan a través de sus propios medios versiones infundadas sobre sus competidores, con el fin de obtener ventajas sobre ciertos mercados.

¿Cree el lector que lo que se acaba de decir es ciencia ficción? Ojalá lo fuera. Lo cierto es que los poderes privados, de signo económico o mediático (o de ambos, que es lo más común en nuestros días), tienen una enorme capacidad de “incidir” sobre la marcha de los ciudadanos y de los gobernantes. Son poderes reales a los que es necesario regular, si es que —como lo defendían Montesquieu y sus contemporáneos— queremos seguir protegiendo la libertad.

Por tanto, ahora ya no es válido seguir viendo al gobierno como el enemigo por naturaleza de las libertades, ni mantener una concepción inmaculada de la sociedad civil. El gobierno es (o mejor dicho, debe ser) un agente protector de las libertades, y los poderes privados han adquirido una enorme capacidad de daño sobre las mismas, por lo que deben ser sujetos de controles, de acuerdo a los ideales que inspiraron el surgimiento del constitucionalismo a finales del siglo XVIII.

## 2. *Libertad y pueblo*

La libertad corresponde al pueblo, de la misma forma que el poder corresponde al gobierno, dejamos apuntado en alguno de los párrafos precedentes. Ya se ha comentado el papel cambiante del gobierno (de los poderes públicos en general, mejor dicho) respecto a la libertad; de ser el único enemigo visible ha pasado a ser un posible —aunque siempre contingente— aliado de los derechos fundamentales de libertad, sobre todo frente a las crecientes amenazas provenientes de los poderes privados.

Ahora bien, también se han producido cambios en la otra cara de la moneda: en el concepto de “pueblo” como sujeto colectivo titular original de la soberanía, hasta en tanto la misma es depositada en la Constitución, entendida como poder supremo dentro del Estado.<sup>232</sup>

La definición de lo que se entiende por “pueblo” no tiene ninguna pretensión teórica ni busca indagar en razones ontológicas y metafísicas respecto a la integración de las comunidades humanas a partir de ciertos rasgos comunes (un pasado común, una lengua, las mismas costumbres). No creo que esto exista ni haya existido. Las comunidades políticas se conforman gracias a que comparten un mismo estatuto jurídico, que los hace iguales y les permite convivir de manera pacífica.

<sup>232</sup> El análisis del Estado constitucional como forma de Estado sin soberano puede verse en Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2008.

Pero, desde hace mucho tiempo, se ha formulado la pregunta acerca de quiénes son los integrantes de dicho pueblo y, en consecuencia, quiénes son los titulares de los derechos que reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. La forma de dar respuesta a esta cuestión ha sido muy variable en el tiempo y en el espacio.

Mientras que para el movimiento revolucionario francés que da lugar al nacimiento de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la titularidad de los derechos tenía que ser universal, para quienes escribieron la Constitución de los Estados Unidos esa universalidad estaba “racialmente” determinada, y en ella no participaban las personas afrodescendientes.

La Declaración francesa, del 26 de agosto de 1789, tuvo una vocación universal tomada precisamente del movimiento revolucionario francés. La vocación universalista de la Revolución francesa fue puesta de manifiesto, entre otros, por la aguda mirada de Alexis de Tocqueville, quien escribió que:

Todas las revoluciones civiles y políticas tuvieron una patria y en ella se encerraron. La Revolución francesa no tuvo territorio propio; es más, su efecto ha sido en cierto modo el de borrar del mapa todas las antiguas fronteras... la Revolución francesa procedió precisamente de la misma manera que las revoluciones religiosas actúan en vista del otro: consideró al ciudadano en abstracto, al margen de todas las sociedades particulares, tal como las religiones consideran al hombre en general, independientemente del país y del tiempo. No sólo buscó cuál era el derecho particular del ciudadano francés, sino también cuáles eran los deberes y los derechos generales de los hombres en materia política... Como parecía orientarse a la regeneración del género humano, más aún que a la reforma de Francia, provocó una pasión que nunca antes habían podido producir las más violentas revoluciones políticas.<sup>233</sup>

<sup>233</sup> Tocqueville, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, FCE, 1998, pp. 95 y 97.

Creo que la vocación universal de la Declaración francesa de 1789 queda bien ilustrada por el texto de su artículo 1o.: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Los hombres: todos los hombres por tanto.

La Constitución de Estados Unidos comparte un mismo espacio temporal con la Declaración francesa, pero su carácter universalista se demuestra muy restringido como efecto de un hecho que marca y divide la historia entera de ese país: la esclavitud.

La esclavitud no solamente supone, de hecho, una notable restricción del principio de igualdad, sino que en los Estados Unidos llegó a producir una guerra civil, y ha sido objeto de todo tipo de debates.

Cabe recordar que todavía en 1857 la Suprema Corte de los Estados Unidos reconocía que la esclavitud no solamente era constitucional, sino que las personas de color que eran esclavos no tenían ningún derecho. Eran “objetos” y no “sujetos” del ordenamiento jurídico.<sup>234</sup> Bajo esta perspectiva, tiene sentido pre-

<sup>234</sup> Se trata del caso *Dred Scott vs. Sanford*, resuelto por la Suprema Corte el 6 y 7 de marzo de 1857, con una votación de siete contra dos. La redacción de la sentencia estuvo a cargo del presidente de la Corte, Roger Taney, que había sucedido en el cargo al gran juez John Marshall. Uno de los efectos de la sentencia es que al declarar la constitucionalidad de la esclavitud y la condición de “no-persona” de los negros, los dueños de esclavos podían llevarlos a donde quisieran, sin que estuvieran sujetos a las leyes estatales que prohibían la institución de la esclavitud. Sin duda alguna, la cuestión más espinosa y decepcionante de la sentencia era justamente esta: la que negaba el carácter de ciudadanos a las personas de color, incluso si eran libres. Es decir, obligaba a ciertas personas, por razón de su raza, a permanecer en una especie de limbo legal, sin poder acceder a la dignidad que implican los derechos de ciudadanía. Taney reconocía que con la adopción del texto constitucional de 1787, el tema de la ciudadanía se había vuelto de competencia federal. Pero su razonamiento era que solamente las personas que antes de la entrada en vigor de la Constitución eran consideradas por los Estados como ciudadanos podían tener ese reconocimiento después. Y como las personas de color habían sido importadas (ellas o sus ancestros) desde África para servir como esclavos, era obvio que no podían considerarse como ciudadanos. No podían ser reconocidos como parte del pue-

guntar: ¿quiénes integran el pueblo, y son éstos los titulares de las libertades que prevén las constituciones de nuestros días?

blo (*the people*) de los Estados Unidos ni incluidos en el significado de la Declaración de Independencia que sienta las bases para la identificación de los ciudadanos del país. Taney afirmaba en su texto, de forma vergonzante, que las personas de color habían sido durante más de un siglo reconocidas como seres inferiores, incapaces de asociarse con las personas blancas para cualquier propósito social o político; en tanto que eran inferiores, no tenían ningún derecho que los blancos debieran respetar. De hecho, sostenía Taney, el reducir a las personas de color a la esclavitud era algo que operaba en su beneficio. Dred Scott había sido comprado y vendido, tratado como un artículo ordinario de mercancía y tráfico mercantil. No tenía derecho siquiera a promover acciones judiciales ante los tribunales. Nada explica mejor el significado de la sentencia del caso Dred Scott que su propia literalidad, razón por la cual vale la pena transcribir algunos fragmentos de la misma: “La cuestión es muy sencilla, ¿puede un negro, cuyos antepasados llegaron a este país para ser vendidos como esclavos, convertirse en un miembro de pleno derecho de la comunidad política creada por nuestra Constitución y, por consiguiente, gozar de todos los derechos, libertades e inmunidades que ésta garantiza?... La cuestión es si la persona ahora recurrente forma parte de ese pueblo y si es cotitular de la soberanía. Creemos que no. Este tipo de personas no están incluidas, y no estaba previsto que lo estuvieran, en el concepto constitucional de “ciudadanos” y, por consiguiente, no pueden válidamente reclamar ninguno de los derechos, libertades e inmunidades que la Constitución garantiza a los ciudadanos de los Estados Unidos. Por el contrario, en el momento constituyente eran considerados una raza subordinada e inferior, bajo la autoridad de la raza dominante y, en libertad o en esclavitud, continúan sometidos a ella, y no tenían más derechos que los que las autoridades quisieran otorgarles... A juicio del Tribunal, el derecho, la historia y el lenguaje empleado en la Declaración de Independencia ponen de manifiesto que en aquel momento fundacional no se incluía en el ámbito de aplicación de tan memorable texto a las personas que fueron importadas como esclavos, ni a sus descendientes, ya alcancen la libertad o permanezcan esclavos, ni se les reconocía como parte de la comunidad política... si la Constitución reconoce el derecho de propiedad sobre los esclavos, y no establece ninguna distinción entre ese derecho y otros bienes de los que sean propietarios los ciudadanos, ningún órgano que actúe bajo la autoridad de los Estados Unidos, ya sea en su vertiente legislativa, ejecutiva o judicial, puede establecer esta

Actualmente, la mayor parte de ordenamientos jurídicos de los países democráticos suelen asignar la titularidad de los derechos fundamentales (incluyendo a los derechos de libertad) a todas las personas. Esa es la regla general, aunque hay algunos derechos en particular cuya titularidad se puede restringir por carecer de la ciudadanía; como ya lo vimos en un apartado precedente, en otros casos las restricciones operan por razón de la minoría de edad de una persona o por tener ciertas discapacidades (aunque en estos dos casos, más que restricciones a la titularidad, lo que se presenta, casi siempre, son restricciones a la capacidad de ejercicio del derecho).<sup>235</sup>

Ahora bien, pese a que los ideales igualitarios y universalistas están presentes en el constitucionalismo desde sus inicios (como bien lo atestigua, al menos, la experiencia francesa que ya hemos comentado), en la actualidad dichos ideales han sido puestos en cuestión al menos en relación a los extranjeros. En particular, el universalismo es puesto a prueba en el caso de las personas que deciden dejar su país y migrar a otro, así como en el caso de las personas que deben salir del mismo y pedir refugio en otra nación. Frente a esas realidades, muchos Estados siguen negando la titularidad de derechos a los no nacionales, discriminan y persiguen a los migrantes, y restringen las opciones para los solicitantes de asilo.

Estas penosas situaciones son resultado de una concepción ontológica del pueblo titular de los derechos, puesto que tal parece que quienes han nacido dentro de un cierto territorio tienen,

distinción o negarle al propietario de esclavos las garantías que la Constitución establece para proteger la propiedad privada frente a intervenciones del gobierno... el derecho de propiedad sobre los esclavos está clara y expresamente afirmado en la Constitución”.

<sup>235</sup> Por lo que respecta a los menores de edad, hay derechos de los cuales no pueden ser titulares. Tal es el caso, de acuerdo a la Constitución mexicana, del derecho al trabajo, que está vedado de forma absoluta para los menores de 14 años.

por ese simple hecho, ciertas cualidades que los hacen merecedores de los derechos, mientras que las personas que no han tenido esa “suerte” (por decirlo de alguna manera) no alcanzan dicho merecimiento. Veamos con más detalle algunas de estas cuestiones en el siguiente apartado.

## X. LIBERTAD, FRONTERAS Y MIGRANTES

La libertad puede ser más difícil de ejercer cuando una persona pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad. La discriminación hacia los más débiles (en sentido político, jurídico, sexual, económico o incluso físico) es una realidad en nuestro tiempo, y se proyecta no solamente violando las relaciones de simetría entre las personas que son propias de todo sistema democrático, sino también coartando las posibilidades de ejercer la autonomía personal. El trato igual y las perspectivas de la libertad son dos condiciones que dependen recíprocamente una de la otra: la ausencia de una de ellas impide la realización de la otra, ya que no puede haber libertad cuando las personas están sometidas a discriminación o cuando no existen condiciones que permitan la igualdad de oportunidades, pero en ausencia de un mínimo de igualdad (política, económica, social, cultural) tampoco puede hablarse de realización plena de la autonomía personal.

Una lista exhaustiva de los grupos y de las personas en situación de vulnerabilidad seguramente sumaría varias páginas. Hemos elegido algunos grupos sobre los cuales se ceba con especial intensidad la discriminación, y la ausencia de posibilidades reales de ser libres. Sus problemas se enmarcan en uno de los mayores dilemas de la modernidad: el derecho a migrar y el uso de las fronteras como muros de separación entre los pueblos.

### 1. *Fronteras*

Los problemas de los migrantes comienzan antes de que adquieran esa categoría: cuando, estando aún dentro de su propio

país, se encuentran frente a una frontera que no los deja entrar en otra nación. Actualmente las fronteras tienen un uso principalmente discriminador: sirven para determinar quién entra en la comunidad política y quién permanece fuera. La decisión se basa siempre en razones que no aceptaría nadie si se tratara de un asunto diferente.

Por ejemplo: ¿aceptaríamos que a una persona se le impidiera atenderse en un hospital público por no haber nacido en un cierto país?, ¿nos parecería razonable que un menor de edad no pudiera estudiar por no tener X o Y nacionalidad?<sup>236</sup> La única respuesta posible es no. ¿Por qué entonces vemos como natural que a las personas se les impida ejercer la libertad de tránsito que establecen todas las constituciones de los países democráticos, y un número considerable de tratados internacionales de derechos humanos?, ¿por qué subordinamos el ejercicio de dicha libertad al cumplimiento de requisitos que son notablemente discriminatorios?

Tal parece que las fronteras se han instalado también en la mentalidad de algunos teóricos: no se cuestionan, se aceptan como algo ya dado, como un hecho no reversible.<sup>237</sup> ¿Pero es ésta una actitud que se corresponda con la mentalidad crítica que debe animar cualquier ejercicio de la inteligencia?, ¿cómo es que intelectuales tradicionalmente críticos con muchas áreas del acontecer social, enmudecen cuando se les pregunta sobre la justicia o la pertinencia del uso de las fronteras?

Quizá es por esta especie de “conspiración silenciosa” que agudos analistas, como Ermanno Vitale, señalan la insatisfacción

<sup>236</sup> El tema de la discriminación en el acceso a financiamiento para las escuelas públicas que atienden mayoritariamente a migrantes llegó hasta la mesa de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y provocó una interesante polémica desde el punto de vista jurídico; véase al respecto Sracic, Paul A., *San Antonio vs. Rodríguez and the Pursuit of Equal Education*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.

<sup>237</sup> Véase, al respecto, los importantes planteamientos de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

que produce mirar a los filósofos de la política más destacados de nuestro tiempo, que hacen caso omiso en sus construcciones teóricas de los migrantes, de los rostros de esa humanidad que camina de un lado a otro, asediada desde tantos flancos, privada de las más elementales libertades. Vitale escribe sobre “el cansancio” que le produce el “estéril academicismo” de la actual filosofía política, originado en parte por “la escasa atención tributada a la persona, a su condición existencial, y más cuando la esencia del individuo se ve obligada a expresarse en su extrema potencialidad, con el fin de lograr la supervivencia física y moral”. Dice Vitale:

De pronto, ante todas estas teorías acerca de la justicia o de las filosofías normativas, sobre las que a menudo me he detenido a reflexionar, me ha parecido como si —frente a los dramas y las frecuentes tragedias de seres humanos migrantes— adoptasen la forma de un circuito de reflexiones únicamente producidas por individuos acomodados que no procuran ni tan sólo emplear un lenguaje descriptivo adecuado para la condición de los últimos en llegar, de los desesperados, de los erradicados. Aquellos que sufren son considerados, a lo sumo, como individuos “desaventajados” o, alternativamente, como miembros procedentes de comunidades minoritarias a los que cabrá garantizar la perpetuación de su propia cultura que, en muchos casos, coincide con las razones de su sufrimiento.<sup>238</sup>

La crítica de Vitale, dirigida a los filósofos, podría muy bien dirigirse también a los juristas, incluyendo a los juristas que realizan su trabajo en México. No se observa, en la doctrina jurídica, una labor sistemática de crítica y cuestionamiento de las fronteras, ni por parte de los especialistas en derecho constitucional ni por lo que hace a los estudiosos del derecho internacional.

<sup>238</sup> Vitale, Ermanno, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006, p. 24.

Quizá se piense que cuestionar las fronteras es un ejercicio utópico, más propio del diletantismo académico que del rigor que debe acompañar a la ciencia jurídica en todas sus manifestaciones. En realidad, más bien parece que la falta de crítica respecto de las fronteras y de su utilización refleja una actitud claudicante de la ciencia jurídica, una especie de renuncia tácita para entrar a combatir con una noción (la de “frontera”) que parece estar ya instalada para siempre como un presupuesto necesario y no removible de todos nuestros enfoques. La pregunta importante es si la ciencia jurídica debería seguir así o si por el contrario se podrían adelantar algunas hipótesis para remontar la actual situación de renuncia por parte de los especialistas y estudiosos.

Desde el ámbito del derecho constitucional se han hecho algunos esfuerzos, por desgracia todavía minoritarios, anclados casi todos ellos en el concepto de “constitucionalismo global” que ha venido construyendo, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, en varios de sus trabajos,<sup>239</sup> y que en México ha sido objeto de un muy relevante ensayo de Rodrigo Brito Melgarejo.<sup>240</sup> De hecho, la noción misma de “constitucionalismo global” indica la necesidad de prescindir de las fronteras, al menos tal y como se las entiende actualmente, para avanzar hacia una protección universal de los derechos fundamentales, comenzando por la protección de la libertad de tránsito.

El constitucionalismo global (también llamado cosmopolitismo constitucional) toma en consideración la necesidad de abrir las fronteras a los derechos, en términos semejantes a lo que ya sucede para los bienes que están en el comercio. No deja de resultar paradójico que ahora cualquier objeto o sustancia (legal y, en muchas ocasiones, ilegal) pueda atravesar cualquier frontera,

<sup>239</sup> Algunos de ellos han sido reunidos en Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas...*, *cit.*, nota 167.

<sup>240</sup> Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.

pero que las personas sean detenidas y criminalizadas si intentan hacerlo.

La globalización permite que una señal de satélite pueda atravesar todo el planeta, en cuestión de segundos, para llegar hasta un aparato receptor, se encuentre donde se encuentre. Las inversiones de capital, la compraventa de divisas, la transmisión electrónica de datos y las ondas de radio no se detienen ante ninguna patrulla fronteriza, ni deben cargar con pasaporte.

No sucede lo mismo, sin embargo, con las personas, que no han visto en la globalización una oportunidad para poder mudar su lugar de residencia. O mejor dicho, sí que han tenido esa oportunidad en virtud de los avances en los transportes, pero frente a las posibilidades de movilidad que ofrecen las nuevas tecnologías los Estados han contestado fortaleciendo sus controles fronterizos, endureciendo sus leyes migratorias, y permitiendo retrogradadas manifestaciones de xenofobia y racismo dentro de sus territorios.

Roberto Toscano describe con mucho acierto el nuevo papel de los Estados en su tarea de reprimir la libre circulación de las personas, antes que la de las mercancías: “Incapaces ya de controlar los flujos del capital, la localización de las empresas, los tipos de cambio de la moneda, los Estados demuestran una patética crueldad compensatoria en el control de las fronteras, en la vigilancia de la entrada de los *diversos*, en la tentativa de excluirlos”.<sup>241</sup>

Danilo Zolo ha afirmado, con razón, que la contestación de los Estados frente al fenómeno migratorio, que se concreta en expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, “está escribiendo y parece des-

<sup>241</sup> Toscano, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 59.

tinada a escribir en los próximos decenios las páginas más lucrativas de la historia civil y política de los países occidentales”.<sup>242</sup>

Para quienes se dedican al estudio del derecho, las fronteras plantean cuestiones adicionales a las ya señaladas: ¿qué pasa cuando una persona logra superar una frontera, a veces de forma “ilegal”, y se interna en el territorio de un país que no es el suyo?, ¿una persona que no cuente con un cierto estatus migratorio, pierde por esa razón el resto de sus derechos y libertades?, ¿puede ser asesinada, discriminada, rechazada en una asociación, impedida para afiliarse a un sindicato, restringida en su libertad de expresión? Si la respuesta a las anteriores cuestiones es negativa (es decir, si contestamos que no se le pueden condicionar a un migrante irregular sus derechos fundamentales en virtud de no contar con un estatuto migratorio determinado), entonces saltan nuevas preguntas: ¿una persona que se encuentre irregularmente en el territorio de un país que no es el suyo qué derechos tiene? Si se le pueden restringir algunos de sus derechos, pero no otros, ¿cómo saber en qué casos procede la limitación, y en qué otros casos no procede?

Algunos de estos cuestionamientos le fueron planteados hace unos años a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La solicitud para que la Corte emitiera una opinión consultiva al respecto provino del gobierno de México, como parte de una estrategia de litigio en el conocido “caso Avena”, que se ventiló ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya.<sup>243</sup> El “caso Avena” estaba referido a la condena a pena de muerte que diversos jueces estadounidenses habían impuesto a ciudadanos mexi-

<sup>242</sup> Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en *id.* (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

<sup>243</sup> Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 5, 2005.

canos acusados de haber cometido delitos que conllevan dicha sanción.

El gobierno mexicano había demandado al estadounidense ante los tribunales internacionales, debido a que a muchos de esos ciudadanos no se les había respetado el derecho a la asistencia consular. Este derecho consiste en la obligación que tienen las autoridades de un país, cuando detienen a una persona extranjera, de avisar a su representación consular a fin de que pueda asistir legal, psicológica e incluso económicamente a su connacional.<sup>244</sup> Si no se cumple con este requisito, que se debe verificar tan pronto como ocurre la detención, se violan una serie de normas del derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a la solicitud del Estado mexicano, emitió la Opinión Consultiva 16/99.<sup>245</sup>

En su Opinión, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “Reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones, entre las que la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal, y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

<sup>244</sup> Para una aproximación más detallada, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 4, pp. 660-665.

<sup>245</sup> Su texto puede ser consultado en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *De-recho internacional...*, *cit.*, nota 228, pp. 1003-1097.

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

El derecho a la información consular forma parte, según la Corte, de las garantías mínimas que son necesarias para brindar a todo extranjero la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (párrafo 122).

Para la Corte, si se viola el derecho a la información consular del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se afectan las garantías del debido proceso legal, y con ello la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4o. y 6o., respectivamente).

La OC 16 se cierra con los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez, y con un voto parcialmente disidente del juez Jackman. Me interesa recuperar algunos pasajes del voto de García Ramírez.<sup>246</sup>

Para el juez García Ramírez, la OC 16 es importante en la medida en que afecta a una “zona crítica” de los derechos fundamentales, pues se trata de un ámbito en el que “se halla en más grave riesgo la dignidad humana”. Sobre las consecuencias de violar el derecho a la información consular, García Ramírez afirma que:

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin

<sup>246</sup> El texto se encuentra en *ibidem*, pp. 1094-1097.

de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

Para García Ramírez el criterio adoptado en la OC 16 refleja una evolución importante del proceso penal y contribuye a racionalizar la administración de justicia:

La admisión de este criterio —apunta nuestro juez— contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

¿Por qué es importante esta Opinión Consultiva? Porque reconoce, en primer término y sin dejar lugar a dudas, que los inmigrantes ilegales tienen derechos. Se podrá discutir qué derechos tienen y con qué alcance debe respetárselos un Estado que no es el suyo, pero lo que queda claro, a partir del pronunciamiento de la Corte, es que un inmigrante no es una especie de *res nullius*, sino que sigue siendo un sujeto de derechos.

En este contexto, México tiene, en el terreno de las fronteras, un doble interés (o, si se quiere, una doble responsabilidad): por un lado, comparte su línea fronteriza con uno de los principales focos de atracción de las migraciones contemporáneas, que son los Estados Unidos, país conformado mayoritariamente —aunque a veces se olvide— por inmigrantes desde el siglo XVIII y aún antes; por otra parte, México es un país por cuyo territorio circulan un buen número de migrantes, los cuales buscan atravesar las fronteras mexicanas, a veces en ruta hacia Estados Unidos, pero otras veces para quedarse en suelo nacional. ¿Cómo se comporta México en este doble escenario? Me parece que, respecto de los migrantes mexicanos que intentan cruzar hacia Estados Unidos, las autoridades han demostrado una actitud mesurada, pero inte-

ligente: han abogado por la defensa de los derechos de los migrantes, en el terreno jurídico, y han intentado empujar (sin mucho éxito) una reforma migratoria profunda en Estados Unidos, desde una perspectiva política.

En el frente interno, sin embargo, la política migratoria mexicana es una verdadera vergüenza. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha constatado en varios informes y recomendaciones el permanente abuso que las autoridades mexicanas realizan sobre los migrantes que se internan en el país, sobre todo si entran por la frontera sur de México.<sup>247</sup>

Con frecuencia son asaltados con la complacencia o la participación directa de la policía, se les discrimina, no se les respeta su derecho de audiencia (son deportados sin que puedan interponer un recurso judicial para que se verifique la legalidad de su expulsión) y se les mantiene privados de su libertad en condiciones inhumanas (las estaciones migratorias han sido objeto de un sinnúmero de observaciones y recomendaciones de la CNDH, sin que hasta el momento se haya hecho nada por mejorar el trato que se les da a los migrantes detenidos).<sup>248</sup>

Los dramas de los migrantes, cuya narración podría ocupar centenares o incluso miles de páginas, comienzan en las fronteras. Esas vallas de separación, de segregación, de discriminación y, sobre todo, de vergüenza. ¿No es momento de comenzar a cuestionarlas?, ¿no ha llegado la hora de que los científicos sociales comiencen a preguntar sobre el uso que se les da o todavía más: sobre el trazado que tienen actualmente las fronteras?, ¿por qué debemos aceptar que las fronteras sirvan para mantener co-

<sup>247</sup> El problema es de tal gravedad que la CNDH tuvo que dedicarle una recomendación general solamente a una de las expresiones del mismo; se trata de la RG, núm. 13, expedida el 15 de noviembre de 2006, sobre el tema de la práctica de verificaciones migratorias ilegales.

<sup>248</sup> Sobre la situación de las estaciones migratorias, hay incluso un informe especial de la CNDH, dado a conocer en 2005, y consultable en [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx).

mo condenados al subdesarrollo a millones de personas o que sean la excusa para que a otras se les otorgue un trato indigno?

El análisis sobre el papel de las fronteras en el mundo contemporáneo debe hacerse cargo de otro tema de la mayor relevancia y que suele despertar enormes sensibilidades. Me refiero al asunto del derecho de secesión ejercido a través de una revisión del trazado de las fronteras.

Partamos de una certeza difícil de rebatir si tenemos en cuenta la historia. Las fronteras han sido trazadas por medios que hoy en día consideramos ilegítimos: invasiones, anexiones, colonización, compra ilegal de territorio, etcétera.<sup>249</sup> Los límites fronterizos terminaron incluyendo en muchos casos dentro del territorio que conforma al Estado nacional a distintos grupos étnicos y culturales que, muchas veces sin quererlo, se vieron sometidos a un régimen jurídico (con todo lo que ello implica en términos de uso obligatorio de la lengua oficial, historia oficial, instituciones de gobierno, creación de leyes, reglas de participación e inclusión ciudadanas, etcétera), determinado por el gobierno nacional. Hoy es obvio, como señala Kymlicka, que “las fronteras de los Estados rara vez coinciden con las identidades nacionales de los pueblos”.

La pregunta importante en este punto es: ¿por qué debemos aceptar como legítimas unas fronteras que de origen no tienen una justificación razonable? Habiendo contestado esta pregunta, habría que hacer otra de igual o mayor importancia: ¿puede el método de la decisión democrática por mayoría servir para determinar un replanteamiento de las fronteras y, en ese sentido, para determinar el derecho de secesión?

Esto nos lleva a preguntarnos sobre el sentido y la justificación del dominio que un Estado hace sobre su territorio. ¿Puede decirse que el Estado pertenece a la mayoría del grupo nacio-

<sup>249</sup> Véase, al respecto, el completo estudio de Anderson, Malcolm, *Frontiers. Territory and State Formation in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 1996.

nal?,<sup>250</sup> ¿el territorio sería “propiedad” del grupo nacional mayoritario?, ¿podría una minoría nacional o étnica pedir “su parte” del territorio para poder organizarse de forma independiente y de la manera que mejor les parezca?, ¿es legítimo o incluso razonable representar al territorio de los actuales Estados-nación como un “acuerdo inestable” entre diversos grupos nacionales?

Pensemos en el caso de España, que lleva algunos años debatiendo con intensidad sobre su configuración territorial. ¿Tienen derecho la mayoría de los habitantes del País Vasco de considerar su separación del Estado español?, ¿pueden las autoridades de Cataluña plantear como ejercicio de su “autogobierno” la competencia exclusiva en materia tributaria, en cuestiones de seguridad pública o en la atención de los hospitales? Si todo lo anterior se acepta, ¿quién puede tomar las decisiones, y cuáles son los límites que habría dentro de ese proceso de redefinición nacional?

Lo que parece obvio, aunque en el debate español no se ha notado mucho, es que la pertenencia o no de un grupo nacional a un Estado debe siempre ser discutible. Es decir, un régimen democrático no puede excluir de su esfera pública discursiva un tema determinado, por incómodo que sea. La discusión acerca del derecho de secesión o de un nuevo trazado de fronteras para España (insisto: la discusión) tiene absoluta legitimidad democrática, y en consecuencia no puede ser criminalizada o sancionada en forma alguna.

Otra obviedad es que esa discusión se ve inevitablemente alterada (para mal) cuando uno de los sujetos de la misma recurre a la violencia o cuando de forma violenta se intenta generar algún tipo de resultado. Esto es, para cualquier teórico liberal y para cualquier sistema democrático, simplemente inaceptable. Pero desde luego, la discusión pacífica sobre este tipo de temas debe

<sup>250</sup> Kymlicka, Will, *Fronteras...*, *cit.*, nota 237, pp. 49 y ss.

estar permanentemente abierta, si es que así lo deciden quienes participan en ella.

Algunos teóricos como Will Kymlicka justifican y defienden la idea de la construcción nacional, siempre que se haga sobre las bases de una política liberal. Dicha construcción permite crear identidades nacionales que pueden tener fines legítimos y por tanto aceptables para una teoría liberal de la justicia.

Por ejemplo, la construcción de una identidad nacional permite mejorar la igualdad de oportunidades en el mercado laboral (lo que le da sentido al requisito que exigen algunos países para que los inmigrantes que quieran adquirir la ciudadanía conozcan el idioma del país, así sea de manera elemental). La identidad nacional refuerza el sentido de solidaridad de los miembros de una sociedad respecto a los grupos más desaventajados de la misma, dice también Kymlicka. Además, la construcción nacional y su identificación por parte de los habitantes del Estado pueden contribuir a promover la libertad individual y la democratización.

Lo anterior supone que existen elementos razonables para aceptar una construcción estatal plurinacional de forma limitada, es decir, siempre y cuando cumpla con los requisitos del respeto a la dignidad, la autonomía (también colectiva) y los derechos fundamentales de las personas que conviven en el interior del Estado nacional.

Ese respeto se podría dar, por ejemplo, a través de la organización federal de los Estados, donde las partes integrantes del territorio tuvieran grandes ámbitos de autonomía. De esta manera se podría proteger la libertad para circular, pero también las identidades nacionales como creadoras de bienestar colectivo. Con todo, soluciones de este tipo tendrían la limitación de no resolver el problema, sino de llevarlo a un ámbito más amplio, representado a final de cuentas por las nuevas fronteras que se establecerían hacia fuera del conjunto multinacional, organizado a través de los principios federales.

Antes de terminar el presente apartado, quizá sea pertinente recordar que en el fondo de cualquier reflexión sobre las fronteras

se encuentra un tema de mucha mayor importancia, que es la consideración que les damos a las personas migrantes, no solamente en el momento en que deciden cruzar un paso fronterizo, sino también cuando ya se encuentran dentro de un país que no es el suyo. Ese es, en verdad, el fondo de la cuestión.

En este punto, cualquier análisis no puede dejar de tomar en cuenta la enorme crueldad que cada día se ceba en contra de los migrantes, las dificultades de toda índole con que se topan ya ubicados en el país de destino, el desprecio que les merecen a muchos de los residentes, el trato inhumano que les dan las leyes (trato de no-persona, en muchos casos).

Tiene razón Ermanno Vitale cuando afirma que nuestro punto de partida debe consistir en:

Tratar de imaginar la experiencia de sufrimiento interior y de aniquilación de la propia dignidad que pueden padecer aquellos que migran en condiciones y por razones totalmente diferentes: es decir, para huir de la miseria y la hambruna, las catástrofes naturales, las persecuciones de regímenes violentos y despóticos, o cultivando la ilusión de una vida mejor, y se ven rechazados, cuando no abiertamente hostigados, por una gran mayoría de la población que les acoge.<sup>251</sup>

En suma, lo que tenemos frente a nosotros es un panorama sumamente complejo, sobre cuyos problemas deben estar advertidos los científicos sociales. Pero de esa complejidad y de esa problemática tan ardua, no puede derivarse un llamamiento a la simple contemplación. Por el contrario, hoy las ciencias sociales y concretamente la ciencia jurídica, tienen sobre sus espaldas la enorme responsabilidad de imaginar rutas alternativas y de ofrecer debates que cuestionen los efectos más negativos que las fronteras tienen sobre millones de vidas humanas.

<sup>251</sup> Vitale, Ermanno, *Ius...*, *cit.*, nota 238, pp. 6 y 7.

De la misma forma, la ciudadanía no puede ni debe permanecer pasiva, esperando que las soluciones lleguen de los gobiernos o de las instituciones internacionales. La respuesta a muchos problemas sigue estando, hoy como ayer, en nuestras manos. Pero esa solución requiere de una sociedad alerta, permanentemente crítica y movilizadora, capaz de hacer valer sus derechos dentro, fuera e incluso contra los órganos estatales e internacionales, cuestionando la pertinencia y la legitimidad de las fronteras, al menos tal como están concebidas en la actualidad.

Ni los ciudadanos ni mucho menos los científicos sociales pueden desatender las responsabilidades señaladas, argumentando que frente a la complejidad de los problemas es muy poco lo que puede hacerse, y que muchas de las alternativas que se señalan al actual trazado de las fronteras son simplemente utópicas, lo cual haría inviable cualquier intento de respuesta teórica alternativa. Como señala Ferrajoli, hay que distinguir entre los problemas políticos y los problemas teóricos. No se puede presentar como utópico o irrealista lo que simplemente no se quiere hacer, porque no conviene a ciertos intereses políticos dominantes, lo cual, en esa virtud y solamente por ella, presumiblemente no se hará. No hay que confundir realismo con conformismo, pues éste segundo sirve solamente para legitimar y apoyar como algo inevitable lo que obviamente es obra de las personas, sobre lo cual tienen una buena parte de responsabilidad los poderes políticos y económicos hegemónicos.

Pese a ese llamamiento tan claro de los teóricos más comprometidos con el garantismo, debemos reconocer que, en general, la opinión pública de muchos países no siente la menor empatía por la situación de los migrantes, sino que por el contrario lo que existen son muchas y muy visibles manifestaciones de rechazo a los extranjeros. Sucede con claridad en México y en Estados Unidos, pero también en países como Australia.

Bauman recoge una anécdota, narrada por Gary Younge, que resulta ilustrativa de lo que se acaba de decir. Unos días antes del 11 de septiembre de 2001, una embarcación de refugiados afga-

nos se acercaba a las costas australianas. Las autoridades prohibieron a la embarcación tocar tierra, y la empujaron mar adentro para que flotara a la deriva, una vez que se le hubiera acabado el combustible. La medida tuvo el apoyo del 90% de los australianos.<sup>252</sup> Las fronteras del país habían servido para negar la asistencia humanitaria a personas cuyo único error había sido escapar de un país donde a todas luces su vida corría peligro, y donde sus posibilidades de desarrollar un plan de vida digno eran cercanas a cero. Unos meses después, Australia participó en la “coalición” liderada por Estados Unidos para “liberar” a Afganistán por medio de bombas y soldados.

Es obvio que si la opinión pública alienta las conductas racistas y xenófobas de las autoridades, o las premia políticamente al votar por partidos que se oponen a la inmigración, es muy poco lo que se podrá avanzar en el reconocimiento de la dignidad humana universalmente tutelada.

Conviene quedarse, en todo caso, con el realismo de largo plazo que defiende Ferrajoli. Es precisamente esa apelación garantista la que nos indica la conveniencia de hablar ahora de las personas de carne y hueso que están detrás del debate acerca de las fronteras: los migrantes.

## 2. Migrantes y ciudadanos

El derecho a migrar remite al corazón de la doctrina de los derechos fundamentales del individuo, esto es al *habeas corpus*, la libertad personal y de movimiento...

Recordemos que tras las doctrinas jurídicas y las decisiones políticas hay

<sup>252</sup> Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, p. 54.

seres humanos que sufren en cuerpo y alma.

Ermanno VITALE, *Ius migrandi*

Como ya se dijo en el apartado anterior, la vecindad entre México y Estados Unidos nos obliga a reflexionar constantemente sobre el sentido que tienen las fronteras en el mundo actual, y sobre los derechos de las personas que logran atravesarlas, ya sea legalmente o de forma clandestina. Se trata de un tema crucial no solamente para quienes habitan en uno y otro lado de la línea fronteriza, sino también para el enorme número de personas que ha dejado o piensa dejar su país de origen para ir a residir a otro. La construcción de un muro entre ambos países nos suministra un elemento más para pensar en la justificación que tienen las divisiones entre los Estados.

Es un tema que el derecho constitucional no puede dejar de atender, en vista de que los textos constitucionales ya disponen actualmente como elemento jurídico a tutelar la dignidad de la persona humana; dignidad que va tomando forma a través de los distintos derechos fundamentales recogidos en constituciones, tratados internacionales y convenciones. Uno de esos derechos es el de la libertad de tránsito. Tal libertad, sin embargo, se enfrenta en la práctica con las fronteras establecidas entre los Estados. ¿Con qué argumentos podemos justificar una limitación (o incluso más: una prohibición total y completa) tan severa de la libertad de tránsito como la que ahora suponen las fronteras?

Lo que hayan de significar los textos constitucionales en el futuro no podrá desentenderse de los actuales procesos de globalización, desde luego complejos y de desiguales alcances. La globalización, en una de sus vertientes, nos permite una gran capacidad —hasta hace poco desconocida— para trasladarnos de un punto a otro del planeta, atravesando de esa manera las líneas físicas o imaginarias que dividen a los Estados. Pero ante esta capacidad se alzan nuevos muros, se refuerzan los controles, se utiliza a las fronteras no para resguardar el territorio, sino para

discriminar entre las personas, muchas veces aplicando como único parámetro el de la riqueza material: una persona que tenga un patrimonio personal cuantioso será bienvenida en casi todos los países, incluso bajo formas migratorias privilegiadas (podrá entrar como “inversionista”, por ejemplo, que es una categoría migratoria un poco extraña, pero que se aplica en varios países).

El anecdotario de la crueldad en las fronteras o debido a ellas es interminable y, para nuestra vergüenza, se alimenta cada día con una nueva tragedia. Lo que por años sucedió en el Muro de Berlín que dividía a la Alemania democrática de la Alemania comunista, hoy se reproduce en una escala mucho mayor en el estrecho de Gibraltar, en las entradas hacia Italia desde Albania, y en el Río Bravo que separa a México de Estados Unidos.

La imagen de un hombre que muere por asfixia y calor en el interior de un trailer en una carretera de Arizona, en mayo de 2003, abrazando a su pequeño hijo de cinco años, también muerto por las mismas causas, concentra en un único momento el máximo nivel de impotencia y de desgracias que estamos permitiendo y que muchas personas sufren alrededor del mundo. El único motivo que tenía ese hombre para viajar a Estados Unidos era el de darle un mejor horizonte de vida a su único hijo. ¿Era mucho pedir?, ¿se puede sancionar a una persona por aspirar a que su hijo no crezca en la más absoluta de las miserias y tenga que soportar durante toda su vida a un gobierno corrupto e incapaz?

Hay una imagen quizá todavía más cercana al horror; fue dada a conocer por muchos medios de comunicación, y ha sido recordada posteriormente por Antonio Remiro Brotóns,<sup>253</sup> quien sin dudarla la ha calificado como “la historia más triste entre las miles de historias tristes” que arroja nuestra era de las migraciones y de las fronteras. Se trata del caso de dos niños guineanos de nueve y 11 años (aunque las edades no pudieron ser confirmadas). Se lla-

<sup>253</sup> Remiro Brotóns, Antonio, “Presentación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 7, 2003 (monográfico sobre “Movimientos migratorios y derecho”), p. 18.

maban Yaguine Koita y Fodé Tounkara, y fueron encontrados muertos por congelamiento, en el tren de aterrizaje de un avión Airbus que había aterrizado en el aeropuerto de Bruselas. Se habían introducido “ilegalmente” en el tren de aterrizaje, animados por el sueño de escapar al horror que los rodeaba. Entre sus ropas la policía encontró una carta que decía lo siguiente:

Excelencias, señores miembros y responsables de Europa... son ustedes para nosotros, en África, las personas a las cuáles pedimos socorro. Les suplicamos... sobre todo por la afinidad y el amor que tienen ustedes por sus hijos... Además, por el amor... de su creador, Dios todopoderoso, que les ha dado todas las buenas experiencias, riquezas y poderes para construir y organizar bien su continente... Ayúdenos, sufrimos enormemente en África... tenemos la guerra, la enfermedad, la falta de alimentos... una gran carencia de educación y de enseñanza... nuestros padres son pobres... Si ustedes ven que nos sacrificamos y exponemos nuestra vida es porque se sufre demasiado en África. Sin embargo, queremos estudiar y les pedimos que nos ayuden a estudiar para ser como ustedes en África. En fin, les suplicamos muy, muy fuertemente, que nos excusen por atrevernos a escribirles esta carta a ustedes, los grandes personajes a los que debemos mucho respeto.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pues sin duda la lista de sufrimientos e infortunios que arrojan las migraciones es sumamente larga.

Uno de los conceptos más curiosos que se han creado por el uso represivo de las fronteras y por el control de la migración es el de “personas ilegales”, también llamadas “sin papeles”. Acostumbrados como estamos a oírlo todos los días, no reparamos en el hecho de que se trata de un profundo sinsentido. ¿Cómo puede ser alguien una persona ilegal? Normalmente, se consideran ilegales las conductas, los bienes (por ejemplo si son bienes ilícitos, obtenidos por medio de la comisión de delitos), pero no las personas. Situar a las personas como ilegales por el único hecho de

entrar en un determinado territorio es algo que se debe contar entre las aberraciones más grandes que se hayan cometido en nombre del derecho, y eso a pesar de que la lista de los horrores perpetrados aduciendo los mandatos de la ley no es precisamente corta.

Ante estos problemas, el pensamiento teórico sobre las fronteras y los migrantes no solamente resulta pertinente sino también profundamente necesario, pues permite proveer a la acción cívica que despliegan miles de personas a través de innumerables organizaciones civiles, una fundamentación teórica que otorgue un sentido crítico a sus actos. De hecho, parece un tanto extraño que sean tan escasas las reflexiones teóricas sobre el tema. ¿Cómo es que las ciencias sociales han pasado de largo sobre el importante asunto de la configuración de las fronteras y de su papel en la actualidad?

Will Kymlicka explica que algunos autores de la mayor relevancia (John Rawls entre ellos), simplemente han tomado a las fronteras como un dato ya dado al momento de construir sus teorías sobre la justicia.<sup>254</sup> Al pasar por alto este dato (que ciertamente no es menor para nuestra comprensión de lo que es justo en las sociedades de nuestro tiempo), los teóricos liberales tampoco han reparado en el “sutil” cambio de lenguaje que se operaba en la práctica acerca de los sujetos a los que debería considerarse dentro de cualquier construcción teórica sobre la justicia. Es decir, los teóricos no han reparado por décadas en que sus teorías hablaban de justicia para todas las personas, pero en la práctica de los Estados esa justicia estaba (y está) limitada a quienes son ciudadanos de los propios Estados.

Las dos cuestiones principales alrededor de las fronteras, de acuerdo con el propio Kymlicka, tienen que ver con su función como ámbito de delimitación de los sujetos incluidos en una comunidad nacional (y por tanto, como factor de diferenciación en-

<sup>254</sup> Kymlicka, Will, *Fronteras...*, *cit.*, nota 237.

tre las personas por razón de su “nacionalidad” o de su lugar de nacimiento), y su trazado actual y futuro.

La discusión acerca de si los Estados tienen derecho a determinar qué personas deben entrar, salir, trabajar y tener plenos derechos en cualquier Estado nación del mundo, parece hoy tan irrealista que casi ningún autor está dispuesto a discutirla. Lo mismo sucede con el trazado de las fronteras. Se observa como algo tan “natural” que los Estados-nación tengan la extensión que tienen actualmente, que los teóricos prefieren darla por un hecho consumado sin discutirla. Pero lo cierto es que se trata de dos asuntos con profundas implicaciones prácticas en el mundo real, de modo que su no tratamiento por parte de los teóricos no ha terminado por hacerlos irrelevantes, sino al contrario: lo que ha sucedido es que se ha vuelto irrelevante la teoría que les ha negado su atención.

Como ya se dijo en el apartado anterior, cualquier observación superficial de la realidad nos permite constatar el papel de las fronteras como muros de separación y discriminación entre unas personas y otras. Recuerda Kymlicka que, por lo que hace a esta función, las fronteras reproducen un criterio propio del mundo medieval, donde los derechos de las personas (o dicho de forma más tajante, lo bien o mal que les irá en la vida) se determinaba por nacer unos kilómetros más o menos cerca del castillo del soberano.

El criterio para determinar quién entra y sale de un Estado viene dado por la ciudadanía (para los mayores de edad) o por el lugar de nacimiento. El tema de la ciudadanía, aunque sin explorar todas las consecuencias que tiene en relación con el uso de las fronteras, sí que se ha discutido intensamente por las más recientes teorías de la justicia. De hecho, quizá no sea exagerado afirmar que el tratamiento teórico en torno a la ciudadanía ha experimentado una verdadera explosión en los últimos años. Las razones para ello son variadas. Entre ellas se encuentran el creciente componente multicultural que se presenta en los países de la Unión Europea, el fenómeno de las migraciones masivas, el

resurgimiento de los movimientos nacionalistas, la crisis del Estado benefactor y su parcial dismantelamiento a partir de los años ochenta, los conflictos étnicos, etcétera.

La ciudadanía es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional; tal adscripción se lleva a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela. A partir de ella se ha construido la distinción entre “ciudadanos” (o “nacionales” en un sentido más amplio) y extranjeros.

Actualmente, con base en la ciudadanía, se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento. Danilo Zolo ha subrayado, con acierto, que “los derechos de ciudadanía implican una presión hacia la desigualdad”,<sup>255</sup> lo cual había sido ya percibido, desde sus propias coordenadas sociológicas, en el célebre y conocido ensayo de T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, publicado en 1950, en el que se apuntaba cómo la ciudadanía “se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legitimada”.<sup>256</sup>

La distinción entre ciudadanos y no ciudadanos ha producido lo que Jürgen Habermas llama “el chauvinismo del bienestar”, en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los crecientes flujos migratorios que se están produciendo desde los países del Tercer Mundo hacia los países desarrollados; esto ha llevado a algunos autores a denunciar el escándalo que supone el hecho de que “la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos... que, sin embargo, son condicionados hoy en no pocos

<sup>255</sup> Zolo, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, Paidós, núm. 3, 1997, p. 127.

<sup>256</sup> Marshall, T. H., “Ciudadanía y clase social”, en Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 21 y 22.

países a un trámite administrativo (los ‘papeles’), por importante que éste sea”.<sup>257</sup>

Desde luego, los Estados que utilizan como escudo o pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los inmigrantes, o en general a los no nacionales, seguramente no comprenden la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros, ya no existen en la actualidad. Javier de Lucas señala que la dicotomía ciudadano-extranjero se asienta sobre dos supuestos: la construcción del Estado nacional y la homogeneidad social derivada de la coyuntural (esporádica y aún limitada en el tiempo) presencia del extranjero en la composición social.<sup>258</sup> Hoy ninguno de esos dos supuestos se mantiene incólume.

El Estado nacional, como modelo cuando menos, ya no se encuentra en fase de construcción. Por el contrario, habría algunos datos que nos podrían hacer pensar que se encuentra más bien en fase de desaparición o de profunda transformación. Dentro del propio ámbito de las instituciones públicas asistimos a un desfondamiento del Estado en una doble dirección: hacia arriba, con la transferencia de poder hacia instituciones supranacionales (Unión Europea, tratados de libre comercio, uniones regionales como el Mercosur, tribunales internacionales, mecanismos de arbitraje comercial transnacional, etcétera), a menudo sustraídas de los pertinentes controles democráticos y parlamentarios, lo cual ha hecho asomar lo que Habermas llama “agujeros de legitimidad”.<sup>259</sup> Hacia abajo, a través de las diversas tensiones centrífuga-

<sup>257</sup> Lucas, Javier de, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en *id.* (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPI, 1999, p. 265.

<sup>258</sup> Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 135.

<sup>259</sup> Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 96.

gas, nacionalistas, secesionistas o independentistas, que lo ponen en cuestión.<sup>260</sup>

Por lo que hace a la idea de la homogeneidad social, étnica y cultural, basta para ponerla en cuestión el dato de la ONU, recogido por el propio Kymlicka en uno de sus textos más importantes, de que en los más de 190 Estados del mundo, coexisten unos 600 grupos de lenguas vivas y cinco mil grupos étnicos.<sup>261</sup> Se calcula que en los Estados Unidos, por mencionar un ejemplo importante, hay casi 30 millones de hispanos; para 2050, uno de cada cuatro estadounidenses será de origen hispano.

Los flujos migratorios, legales e ilegales, son una constante en los inicios del siglo XXI, y no hay dato alguno que permita suponer que se van a detener en los próximos años, sino al contrario, dado que existen las condiciones objetivas para que se incrementen en el futuro inmediato.<sup>262</sup>

Lo más seguro es que la imagen de homogeneidad social en la que se basó en el pasado la construcción de los Estados nacionales no fuera más que una excesiva idealización que no parecía tener demasiado respaldo sociológico. Si bien es cierto que a nivel retórico el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones “de sangre”, un pasado compartido, etcétera, a nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la creación de los actuales Estados nacionales.<sup>263</sup> De hecho, es posible que esa serie de vínculos prepo-

<sup>260</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 150.

<sup>261</sup> Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

<sup>262</sup> Un documentado estudio sobre los flujos migratorios internacionales puede encontrarse en Castles, Stephen y Miller, Mark J., *La era de la migración. Movimientos internacionales en el mundo moderno*, México, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados, 2005.

<sup>263</sup> Ferrajoli escribe: “No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo XIX (o incluso de hoy) existieran vínculos pre-políticos e iden-

líticos no exista —afortunadamente— ni siquiera ahora. Basta mirar, para comprobarlo, la realidad tan diversa que existe dentro de Estados como España, Canadá, Italia, entre otros.

Para atemperar la distancia, por lo menos desde el punto de vista jurídico, que existe entre los ciudadanos y los extranjeros, quizá podría recuperarse el sentido del artículo 4o. de la Constitución francesa de 1793, recordado por Habermas, que disponía que el estado de ciudadanía (no solamente la nacionalidad sino también los derechos de ciudadanía activa) se otorgaba a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia.<sup>264</sup>

Lo anterior tiene plena justificación si se entiende, como lo hace el mismo Habermas, que “el estatus de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material”.<sup>265</sup> Esto quiere decir, simplemente, que todos los habitantes adultos de un Estado, sean o no ciudadanos, deben tener la capacidad jurídica de concurrir a la vida polí-

tidades colectivas —de lengua, de cultura, de común lealtad política— idóneos para conjuntar campos y ciudades, campesinos y burgueses... en suma, que existiera, a nivel social, una homogeneidad social mayor de la que hoy existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo”, Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti fondamentali?”, en Vitale, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turin, Rosenberg & Sellier, 2000, p. 114 (trad. al castellano en Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006).

<sup>264</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 637. En sentido parecido, Michelangelo Bovero afirma —recuperando un argumento de Kelsen— que “los derechos de ‘ciudadanía política’, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”. Bovero, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 24.

<sup>265</sup> Habermas, *Facticidad...*, *cit.*, nota anterior, p. 626.

tica de ese Estado; concretamente, participando en las formas democráticas que permiten la toma de decisiones: pudiendo por tanto votar y ser votados, y disfrutando del resto de derechos fundamentales reconocidos por el derecho nacional y por el derecho internacional.

Además, si es cierto que la homogeneidad social ha dejado de ser —suponiendo que alguna vez lo haya sido— la nota edificante de la distinción entre ciudadanos y extranjeros, y si en consecuencia se acepta que la convivencia futura de un número importante de grupos sociales va a estar marcada por el pluralismo social y étnico, se hace más necesario derrumbar el mito de la ciudadanía y acoger ese pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca, en condiciones de igualdad, derechos fundamentales para todos; como indica Ferrajoli, “las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a garantizar”.<sup>266</sup>

En suma:

La exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales: (es) alcanzar —sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías— un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como estatus privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal.<sup>267</sup>

<sup>266</sup> Ferrajoli, Luigi, “Quali sono i diritti...?”, *cit.*, nota 263, p. 115.

<sup>267</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos...*, *cit.*, nota 260, p. 119. En el mismo sentido de Ferrajoli y Habermas, Javier de Lucas apunta que “vetar el acceso a la condición de miembro de la comunidad constituyente, sujeto de voz y voto en el espacio público, a quienes llegan después y se caracterizan por diferencias vinculadas a determinados grupos sociales (a identidades de origen), privarles del

La ciudadanía como estatus discriminatorio entre las personas se revela en toda su crudeza cuando se opone a los inmigrantes (legales o ilegales), a los refugiados y a los apátridas. Sobre los refugiados, Bauman ha escrito que “conforman un nuevo tipo de parias y proscritos, son los productos de la globalización, el epítome y la encarnación más plena de su espíritu de zona fronteriza”.<sup>268</sup>

Parece difícil de sostener la idea de la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La figura del refugiado, como apunta Javier de Lucas, “constituye, hoy, probablemente, la cara más miserable de la exclusión”.

La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, viene a poner en crisis la universalidad de los derechos, y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía.

Es, por el contrario, a los refugiados a los que más tendrían que proteger los derechos humanos “universales”, puesto que, en palabras de Javier de Lucas:

Quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón... deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, pues, si éstos son los derechos universales, los del

poder de decisión sobre el acuerdo previo, sobre el establecimiento de valores comunes y reglas de juego, sobre el establecimiento de la regla de la ley, del derecho, es incompatible con las exigencias de una democracia plural”. Lucas, Javier de, “Por qué son relevantes...”, *cit.*, nota 257, p. 268.

<sup>268</sup> *Tiempos líquidos...*, *cit.*, nota 2, p. 57.

hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene nada más que su condición de hombre, de refugiado.<sup>269</sup>

En este contexto, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros, en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

Los refugiados no solamente tienen problemas para que les sea reconocido un estatuto jurídico adecuado a su situación, sino también para integrarse en las sociedades de acogida, puesto que con frecuencia son rechazados socialmente, consiguen a duras penas algún trabajo mal pagado y su familia carga el lastre de ser extraños. Bauman describe su situación con crudeza, pero también con realismo: “los refugiados son la encarnación del ‘desperdicio humano’, privados de desempeñar cualquier función útil en la tierra a la que han llegado, y en la que permanecen de manera temporal, y sin intención alguna ni perspectiva realista de verse asimilados e integrados en el nuevo cuerpo social”.<sup>270</sup>

Ferrajoli recuerda que, de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el cual dispone el derecho de todo individuo de abandonar cualquier país, incluyendo el suyo, habría una base normativa suficiente para derivar la prohibición para los Estados (para todos) de impedir la emigración, así como la correlativa obligación de la comunidad internacional de acoger a los inmigrantes al menos

<sup>269</sup> Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras...*, cit., nota 258, p. 209.

<sup>270</sup> *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, p. 62.

en uno de sus Estados.<sup>271</sup> Sobre este punto conviene hacer una reflexión más detenida, puesto que de ella dependen las libertades de millones de personas migrantes.

Las consideraciones anteriores nos podrían llevar a la conclusión de que, desde el punto de vista de cualquier teoría de la justicia de corte liberal, las fronteras tendrían que ser suprimidas en cuanto obstáculo para la determinación de los sujetos a los que se les reconocen plenos derechos por parte de un Estado nacional. Pero además de lo anterior, es importante hacer notar que las fronteras —tal como se las está utilizando actualmente— son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, la distinción operada en las fronteras para decidir quién puede o no puede entrar en un territorio, funciona al margen del derecho que los propios Estados nación han creado a través de diversos pactos y tratados internacionales.

Así, por ejemplo, se puede recordar que la libertad de tránsito se reconoce en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es el siguiente:

Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.

Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

271 Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *id. et al., Los fundamentos...*, nota 123, p. 175. Véase también, *id.*, “Libertad de circulación y constitucionalismo global”, *Razones jurídicas...*, *cit.*, nota 167, pp. 125 y ss.

Este precepto ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.<sup>272</sup> Vale la pena detenernos en su estudio.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así, por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del Pacto)” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros, para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12, debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

La estructura federal de un Estado no impide que los derechos del artículo 12 del Pacto se apliquen a todo su territorio, señala

<sup>272</sup> Se trata de la Observación General núm. 27, aprobada en el 67o. periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho internacional...*, *cit.*, nota 228, t. I, pp. 462-468.

el Comité, de forma que las personas podrán desplazarse por todas las partes de los Estados federales o regionales.

Para ejercer su derecho a la libre circulación, una persona no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar para caer en el supuesto de protección del artículo 12. Esto significa que las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5).

Los derechos del artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares. Así, por ejemplo, los Estados parte deben vigilar que no se les impida a las mujeres ejercer la libertad de tránsito o residencia, y que dicho ejercicio no esté condicionado al consentimiento o permiso de algún familiar, como puede ser el marido o el padre (párrafo 6).

En relación a la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que dicha libertad tampoco puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país. En dicho párrafo se encuentra contenida la libertad del individuo para determinar el país de destino, lo cual se aplica también a todo extranjero que sea expulsado legalmente, el cual puede elegir con libertad el país de destino, siempre que cuente con el acuerdo de éste último Estado (párrafo 8).

Para poder hacer efectivo el derecho a salir de un país, se debe entender que sus autoridades están obligadas a expedir los documentos necesarios para viajar y entrar en otro país, como puede ser el pasaporte. Los derechos del artículo 12 del Pacto se violan si un Estado se niega a expedirle a uno de sus nacionales un pasaporte o si se niega a prorrogar la validez de ese documento (párrafo 9).

Por lo que hace a las restricciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, el Comité, en la Observación General

que se está comentando, hace importantes consideraciones, muchas de las cuales se podrían aplicar a los demás derechos fundamentales, pues forman parte de una especie de teoría general de las restricciones de los derechos.

Así, por ejemplo, el Comité sostiene, con base en el texto expreso del artículo 12, que las restricciones deben estar contenidas en una ley, constituyendo de esa forma una “reserva de ley” que prohíbe la creación de restricciones en otro tipo de normas (párrafo 11).

Por otra parte, el Comité señala que “las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho”, haciéndose eco de la conocida teoría del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Para el Comité, “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (párrafo 13).

Las medidas restrictivas deben ser proporcionales, señala el Comité, utilizando uno de los criterios más conocidos para considerar la adecuación de los límites a los derechos fundamentales con respecto a los textos que establecen esos derechos. En palabras del Comité, “las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (párrafo 14). Por ejemplo, entraría dentro de las restricciones razonables una orden que impidiera el acceso y tránsito por instalaciones militares por motivos de seguridad nacional (párrafo 16).

El Comité identifica varias conductas de las autoridades estatales como claramente violatorias del artículo 12 del Pacto (párrafo 17); se trata de un elenco de la mayor importancia, pues contiene indicaciones prácticas para ayudarnos a precisar en qué momento nos encontramos ante situaciones que vulneran los derechos de libre circulación y libre residencia.

Para el Comité, entre tales conductas se encuentran las siguientes:

- Cuando se niega el acceso de los solicitantes a las autoridades competentes.
- Cuando se impide el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer algunos de los derechos del artículo 12.
- Cuando se crea la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud del pasaporte.
- Cuando se hacen necesarios certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- Cuando se requiere la descripción exacta del itinerario.
- Cuando la expedición de pasaportes se condiciona al previo pago de tasas elevadas, que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia.
- El requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, a través de la intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de los hijos de la escuela o la universidad.
- La negativa a expedir el pasaporte, con el argumento de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.

Por lo que hace al derecho a entrar en el propio país, contemplado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que ese derecho también le es aplicable a quien por primera vez quiere entrar en su país, si ha nacido fuera de él. De particular importancia es el derecho a volver al propio país, sobre todo para

quienes han salido de él con el carácter de refugiados (párrafo 19).

Aparte de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos hacen referencia a la libertad de tránsito y de residencia. Uno especialmente importante, por razón de su objeto y de la actualidad que ha cobrado en los últimos años a raíz de las migraciones masivas, es la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 10 hace referencia a la obligación que tienen los Estados parte de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la “reagrupación familiar”; este concepto es de la mayor importancia, pues uno de los derechos fundamentales de todos los menores de edad es a mantenerse en contacto con sus progenitores.<sup>273</sup>

Sobre el mismo tema de la “reagrupación familiar”, hay que tener en cuenta que el artículo 5o., apartado 4 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985, dispone que “con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

La reagrupación familiar debe facilitarse por parte de los Estados, especialmente en el caso de los refugiados; al respecto, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR) ha señalado que:

En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunifi-

<sup>273</sup> El artículo 9o. de la Convención de los Derechos del Niño es muy claro al establecer el principio general de que: “1. Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”.

car a las familias separadas de refugiados... [dicha reunificación se deberá producir] con la menor demora posible... Al decidir sobre la reunificación de la familias, la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*.<sup>274</sup>

Como puede observarse, el debate de filosofía política en torno al alcance de la libertad de tránsito puede ser alimentado tomando en consideración los documentos jurídicos que tienen por objeto la protección internacional de los derechos fundamentales. Un ejercicio parecido podría hacerse con el derecho interno de cada Estado nacional, lo que probablemente nos llevaría a identificar fuertes incongruencias entre las declaraciones constitucionales y las regulaciones que se contienen en la legislación migratoria.

La determinación de cuándo una sociedad es justa no puede hacerse, hoy en día, prescindiendo de los criterios con base en los cuales determinamos qué personas pertenecen a ella, con qué bases abrimos o cerramos nuestras fronteras, y cuál es la extensión y ubicación que deben tener las mismas.

Se trata de temas, además, que tienen profundas consecuencias individuales y colectivas. Individuales, ya que a partir de las definiciones que se hagan de estos temas se podrá tener garantizada la libertad de tránsito, que todos los ordenamientos constitucionales democráticos, y el derecho internacional de los derechos humanos, reconocen como un derecho fundamental. Colectivas, en tanto que la determinación de si se pertenece o no a un Estado nacional, y en caso afirmativo bajo qué condiciones,

<sup>274</sup> Los entrecomillados provienen de las conclusiones generales del Comité Ejecutivo de la ACNUR sobre la Protección Internacional de los Refugiados, núm. 24, adoptada en el 32o. periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, en 1981; el texto puede consultarse en *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, t. IV: *Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000*, México, CNDH-UIA-UNHCR-ACNUR, 2002, pp. 82 y 83.

es relevante para determinar cuestiones tan básicas como la lengua con la que se estudia y trabaja, el tipo de impuestos que se pagan o los hospitales en que puede una persona atenderse de cáncer o hepatitis.

Para el caso de México, por si fuera poco, la reflexión sobre las fronteras constituye un tema de vida o muerte.

Es de nuevo Vitale quien nos advierte que reflexionar sobre los migrantes significa reflexionar sobre nosotros mismos,<sup>275</sup> sobre aquellos de nosotros que son los más débiles, los recién llegados, los que no tienen todos los derechos y deben enfrentar un entorno social, político, económico, laboral, personal y hasta jurídico sumamente adverso. Aunque solamente fuera por este cúmulo de adversidades, los migrantes deberían ser un tema esencial de cualquier teoría de los derechos fundamentales, si entendemos —como lo ha explicado en tantas ocasiones Luigi Ferrajoli— que tales derechos son precisamente las “leyes del más débil”.

### 3. *Extranjeros*

En los apartados anteriores nos hemos referido a las fronteras y a los migrantes, a quienes se les impide realizar en la práctica su libertad de circulación y la de establecer su domicilio donde lo prefieran. Hay sin embargo una cuestión que, para el caso de México, cobra un interés añadido. Me refiero al trato que se le da a los extranjeros, tanto a los que entran ilegalmente en el país (sobre los cuales ya se han hecho algunas reflexiones) como a aquellos que estando legalmente en territorio mexicano, son sujetos a un régimen legal de carácter marcadamente antigarantista. Aunque ya se han apuntado algunos problemas en los dos apartados anteriores, conviene precisar ciertos aspectos especialmente llamativos sobre el trato que en México se les da a los extranje-

<sup>275</sup> Vitale, Ermanno, *Ius...*, *cit.*, nota 238, p. 9.

ros, o mejor dicho, a ciertos extranjeros, porque no se trata igual a los inversionistas ricos, que a las personas que sin recursos de ningún tipo entran ilegalmente por la frontera sur del país. Eso es lo más vergonzoso: el trato hacia los extranjeros no solamente es injusto, sino que además es discriminatorio.

La base para ese trato, por desgracia, tiene rango constitucional. Como se sabe, el artículo 33 de la Constitución mexicana tiene el siguiente texto:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

La parte del artículo 33 que ha dado lugar a intensos debates (y que ha hecho de ese artículo uno de los más conocidos del texto constitucional) es la que establece que el presidente de la República puede hacer abandonar el territorio nacional a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Pero además esta facultad podrá ejercerse de forma “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”.

Aunque el sesgo discriminatorio de este precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (aunque no justificar) por qué sigue presente en nuestro texto constitucional, y de qué manera viola varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Para empezar, hay que decir que la razón por la que este precepto está en el texto constitucional es de orden claramente his-

tórico.<sup>276</sup> Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaleciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país.

Así, por ejemplo, en los *Elementos constitucionales* de Ignacio López Rayón se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos “bajo la protección de las leyes”. En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis nacional que desemboca en la anexión por los Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, se recrudece la idea de facultar al gobierno para que pueda expulsar a los extranjeros. Por esa razón, las Bases Orgánicas de la República mexicana ya facultaban al presidente de la República para “espeler de la República á los estrangeros no naturalizados, perniciosos á ella” (*sic*), de acuerdo con su artículo 87, fracción XXIV; esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental de la complicada relación entonces existente entre México y los Estados Unidos, sobre todo a la luz de los “ánimos expansionistas” del vecino del norte.

A fin de cuentas, regulaciones como la de las Bases Orgánicas desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la Constitución Federal de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al del texto del artículo 33 de la Constitución vigente. La diferencia principal quizá sea que el artículo 33 de la Constitución de 1857 se refiere a la facultad no del presidente sino del “gobierno”, y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.<sup>277</sup>

<sup>276</sup> Un completo análisis sobre el tema, puede verse en Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel A. (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 60 y ss.

<sup>277</sup> Actualmente, la única referencia a “extranjeros perniciosos” que subsiste en el texto constitucional, es la que figura en la parte final del artículo 11. So-

Con esos antecedentes, llegamos hasta el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 que presenta Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917.<sup>278</sup> En ese proyecto el jefe del Ejército Constitucionalista recoge la esencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, pero agrega algunas modificaciones importantes.

Para empezar, la facultad de expulsar a los extranjeros ya no reside en “el gobierno”, sino en el presidente. Además, tal facultad permite al presidente no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino que tal expulsión será “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”. Finalmente, el proyecto establecía que “las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno”. Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

En el transcurso de los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro, se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el presidente no se limitara los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímolas de personas como:

Los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etcétera)... los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo... los que representen capitales clandestinos del cle-

bra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional que se quiere moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitrariedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supuestos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

<sup>278</sup> Cuyo texto se puede consultar en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

ro... los ministros de cultos religiosos... [y] los estafadores, timadores o caballeros de industria.<sup>279</sup>

Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado. Quedó aprobado el texto del actual artículo 33, al que no se han hecho reformas desde entonces.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá haya tenido una justificación histórica, pero nos debe llevar también a preguntarnos si esas condiciones históricas subsisten o no en la actualidad.

En todo caso, la reflexión del párrafo anterior no puede dejar de tomar en cuenta las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre dichas causas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.<sup>280</sup>

Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (“ofensas”, “amenazas”), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del Poder Ejecutivo. El objetivo en este punto debería ser, como lo señala Manuel Becerra, alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo presente que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado deben aplicarse en distintos supuestos. Por

279 Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 276, p. 65.

280 *Ibidem*, p. 69.

ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar.<sup>281</sup>

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional, y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

A la luz de lo señalado es que se impone una reflexión acerca de la necesidad de reformar el artículo 33, con el fin de hacerlo acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, en concreto con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.<sup>282</sup>

Respecto de la última parte del artículo 33 constitucional, conviene tener presente que se debe hacer una interpretación estricta y limitativa de lo que se entiende por “asuntos políticos del país”. Dichos asuntos deben ser entendidos, en sentido estricto, como los directamente relacionados con la materia electoral, porque de otra manera el mandato constitucional supondría una limitación indeterminada y sumamente amplia para los no nacionales. La autoridad administrativa tendría un margen amplísimo de acción, si por asuntos políticos entendemos todos aquellos que tengan que ver con actividades públicas (así, por ejemplo, sería inadecuado interpretar la disposición constitucional como la imposibilidad de los extranjeros para actuar en materia de política económica, de política social, de política de desarrollo, de

<sup>281</sup> Manuel Becerra nos indica que “la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación”. *Ibidem*, p. 69.

<sup>282</sup> Una propuesta concreta de reforma se puede ver en Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad...*, *cit.*, nota 4, cap. II.

política municipal, de política demográfica, de política ambiental, etcétera). Toda vez que se trata de una norma restrictiva de derechos fundamentales, debe ser interpretada en forma estricta, como toda norma de excepción (ya que la regla general es la igualdad en la titularidad y disfrute de los derechos fundamentales).

Ahora bien, los problemas del maltrato a los extranjeros comienzan con la Constitución, pero desgraciadamente no terminan en ella. Son mucho peores las prácticas administrativas, completamente ilegales, que día tras día violan los más elementales derechos y libertades de los extranjeros que están en territorio nacional. Ya se han citado, en los apartados anteriores, algunos documentos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que se refieren a algunas de estas prácticas. Quisiera ahora simplemente recordar uno de los miles de casos que se podrían citar de violaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros, mismo que fue objeto de una recomendación de la CNDH a finales de 2007.<sup>283</sup>

En la estación migratoria de Saltillo, miembros de la Secretaría de Salud del estado de Coahuila obligaron a varios migrantes guatemaltecos a introducirse un hisopo rectal de más de 20 centímetros, a fin de verificar que no fueran portadores del virus del cólera.

Lo hicieron violando completamente su derecho a la intimidad, su dignidad humana y su integridad corporal. La aplicación de la medida se hizo en público, puesto que cada migrante estaba tapado apenas con la “privacidad” de una cortinilla, mientras una enfermera y un doctor supervisaban el hecho, y en la misma habitación aguardaban otros cuatro o cinco migrantes. ¿Qué pasaría si esa misma prueba se les aplicara a los mexicanos que llegan a los aeropuertos de los Estados Unidos o a quienes cruzan la garita fronteriza de Tijuana?, ¿qué sentiríamos cada uno de nosotros

<sup>283</sup> Se trata de la recomendación 63/2007 emitida el 11 de diciembre de 2007, consultable en [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx).

al vernos enfrentados a una práctica tan obscena (no encuentro otra palabra mejor) como desproporcionada?

El tema ya sería trágico, si fuera simplemente anecdótico. Sucede sin embargo que es mucho peor, dado que de acuerdo a lo que caso tras caso ha podido documentar la CNDH no se trata de una desgracia aislada. Tal parece, más bien, que existe una política del Estado mexicano destinada, de forma expresa, a mantener un trato hacia los migrantes que propicia, fomenta y ampara las violaciones de derechos humanos de quienes llegan a México sin documentos legales. Se ha acreditado hasta el cansancio el pésimo estado de las estaciones migratorias, la impunidad de los vigilantes de trenes que asaltan y lesionan un día sí y otro también, el funcionamiento ilegal de elementos de seguridad privada en recintos oficiales a cargo del Estado mexicano, la extorsión de las policías municipales, estatales y federales a los migrantes, el abuso sexual de servidores públicos a las mujeres migrantes y un largo etcétera que nos debería llenar de vergüenza como país y como ciudadanos.

## XI. LIBERTAD Y EDUCACIÓN

En la niebla se es libre, pero es la libertad de alguien que está entre tinieblas.

Milan KUNDERA

Ningún pueblo puede ser ignorante y libre a la vez.

Thomas JEFFERSON

Al inicio de este libro se dijo, casi de pasada, que existía una “configuración cultural de la libertad”, queriendo poner de manifiesto el hecho de que cada cultura ha tenido un entendimiento distinto de la libertad, no siempre exportable cuando se cambia de contexto espacio-temporal.

Pero esa escueta afirmación no agota las posibilidades de análisis acerca de la relación entre cultura y libertad. Hay al menos otras dos cuestiones que conviene poner de manifiesto: *a)* el papel de la cultura como factor de ampliación del campo *vital*; y *b)* el papel de la cultura como factor de ampliación del campo *moral*. Estas cuestiones pueden tener cierta utilidad para responder a la siguiente pregunta: ¿qué puede hacer la cultura en favor de la libertad?

### 1. *Cultura y campo vital*

Ya se ha dicho que la libertad consiste, entre otras cosas, en que una persona sea capaz de tomar decisiones de forma autónoma, lo que le sirve para definir su propio plan de vida, de modo que nadie decida qué hacer con su existencia.

Pues bien, para configurar de mejor manera ese plan de vida se requiere contar con un marco conceptual construido a partir

de significados simbólicos, útil para tomar las mejores decisiones en el diseño y la realización de nuestro plan de vida. En otras palabras: para poder decidir qué va a ser de cada uno de nosotros necesitamos tener ideas, hacernos de un mapa mental que nos ayude a discernir lo deseable de lo indeseable, lo bueno de lo malo, lo mediocre de lo excelente, lo posible de lo imposible.<sup>284</sup>

Esas ideas y ese mapa mental provienen, en muy buena medida, de la cultura, de la formación cultural que tiene una persona.

La cultura permite a una persona ampliar su abanico de decisiones *posibles*. Desde luego, también puede servir para ayudarlo a realizarlas, pero en términos generales, su primera utilidad reside en plantear como posibles ciertos ámbitos del destino individual.

La cultura nos permite tomar las mejores decisiones profesionales. Una cierta cultura del ahorro y de la austeridad nos augurará tener un mejor horizonte económico. Tal o cual propensión cultural (el cine, la música, el teatro, algún deporte) nos ayudará a mejorar la utilización de nuestro tiempo libre. Y así por el estilo.

## 2. *Cultura y campo moral*

Disuadidos de pensar, educados en deseos que nos han sido impuestos y que son idénticos a los del vecino, somos el producto de un largo proceso evolutivo dirigido a reprimir la obsoleta y molesta inteligencia.

Pino APRILE

Lo que se acaba de decir tiene un significado en cierto modo “cuantitativo”, que se puede expresar de forma resumida en la si-

<sup>284</sup> Sobre esto último, dice Isaiah Berlin lo siguiente: “El conocimiento libre al ampliar nuestras posibilidades de elección, pero también al ahorrarnos la frustración de intentar lo imposible”. Berlin, Isaiah, *Sobre la..., cit.*, nota 14, p. 228.

guiente frase: cuanta más cultura se tenga, más amplias serán las posibilidades de configuración de nuestro propio proyecto vital.

Ahora bien, no se trata solamente de contar con 100 mil posibilidades o con un millón de ellas. Es también relevante saber escoger entre dichas posibilidades, aprendiendo a discernir las mejores de entre las buenas o deseables, y las peores de entre las malas o indeseables. En la vida es frecuente que nos topeemos, a veces sin saberlo, con la oportunidad de tomar una decisión excelente de entre las diez buenas decisiones que se nos ponen delante. Y al revés sucede lo mismo: pudiendo haber tomado una decisión simplemente mediocre, a veces tomamos la peor de todas las posibles.

La cultura debe servir, en este contexto, como una herramienta de carácter cualitativo, de forma que contemos con un vasto horizonte de posibilidades, pero a la vez seamos capaces de elegir la que más nos convenga. Para tomar esa decisión hacen falta valores, y la cultura puede ayudar a encontrarlos y definirlos: valores personales (como la entereza ante la adversidad, la templanza, etcétera), familiares, profesionales, estéticos, entre muchos otros.

¿Dónde y cómo encontrar esos valores y de qué forma definirlos, no en abstracto, sino de forma concreta para orientar nuestra vida?

Contra lo que defienden algunos aliados del derecho y la moral “naturales”, lo cierto es que en las sociedades modernas existe un pluralismo valorativo muy notable y, en todo caso, sumamente enriquecedor de nuestra experiencia vital. Las personas piensan de forma muy diferente acerca de cuestiones de la mayor importancia; discuten sobre política, sobre educación, sobre criterios estéticos, sobre el cuidado de la naturaleza, sobre la forma de preservar la vida humana al principio y al final de la misma, etcétera.

Lo que la cultura puede hacer, frente a esta constelación valorativa, es plantear adecuadamente la permanente revisión de lo que consideramos como valioso. Los agentes principales de la

cultura (aunque no exclusivos), que son los intelectuales, tienen la ineludible responsabilidad de discutir una y otra vez las cosas, incluso (o mejor dicho, sobre todo), aquellas que con frecuencia se dan por sabidas y se aceptan sin mayor discusión. Tomemos por ejemplo la siguiente afirmación: “La democracia siempre es el mejor sistema de gobierno”. ¿Podemos aceptar esta afirmación sin discutirla?, ¿conviene aceptar sin más planteamientos lo que comporta esa pregunta?, ¿nuestra respuesta puede y/o debe limitarse a un escueto “sí”?

Lo cierto es que las cuestiones a discutir deben comenzar incluso con el planteamiento de la pregunta, es decir, con la forma en que se nos pone a consideración. Por ejemplo, ¿la pregunta se refiere a la “democracia política o electoral”, o a todo tipo de democracia? (democracia sindical, democracia social, democracia educativa, democracia económica). Luego debemos seguir preguntando: ¿cómo definimos la democracia? O sea, ¿qué implica, sustantivamente, que digamos que siempre es mejor la democracia que cualquier otro sistema de gobierno? Si por democracia entendemos una farsa electoral destinada a revestir de legitimidad la rotación de ciertas élites en el gobierno de un país, entonces algún analista podría decir que quizá sea mejor otro sistema.

En fin, una simple pregunta daría lugar a una discusión de fondo sobre uno de los planteamientos que solemos aceptar sin mayor reflexión, pero se trata simplemente de un ejemplo como el que se podrían poner cientos o quizá miles. Lo importante es reflexionar acerca de la responsabilidad de los intelectuales en volver a plantear incluso aquello que parece obvio.

Si lo anterior es cierto, todavía lo es más la responsabilidad de los intelectuales para plantear, discutir y analizar temas “nuevos”. Si respecto de las cuestiones obvias es necesaria la permanente discusión, tanto más resulta esencial discutir las cuestiones que podemos llamar “de frontera”, pues son éstas precisamente las que permiten a las sociedades y a las personas evolucionar y seguir mejorando.

La ampliación cultural del horizonte vital consiste en que la cultura nos permite *tener ideas*. La ampliación del campo moral consiste en saber *cómo utilizarlas* para hacer que nuestra vida sea una vida que vale la pena ser vivida, evitando caer en la tenebrosa imagen de las “vidas desperdiciadas” que nos propone Zygmunt Bauman.<sup>285</sup>

No cabe duda, finalmente, que la ignorancia da lugar a una inevitable falta de libertad. Ignorancia y libertad son conceptos que se repelen, que se autoexcluyen: “para el ignorante la libertad es imposible”, dice con acierto Alain Finkielkraut.<sup>286</sup> Contra la ignorancia y su papel cercenador de la libertad debemos oponer la cultura.

La cultura no puede ser neutral respecto a la libertad. La cultura debe comprometerse *a favor* de la libertad. Debe ser capaz de poner en claro para qué queremos y de qué sirve la libertad en el mundo moderno. Debe explicarnos frente a quién debe prevalecer hoy en día la libertad. Debe darnos ideas sobre cómo hacerla efectiva. Y, finalmente, debe explicarnos por qué es mejor ser libres, es decir, nos debe poner en claro que la única vida que merece ser vivida es la vida libre, en la cual tomamos nuestras propias decisiones sin interferencia de los demás. Por lo tanto, los intelectuales no deberían rehuir la búsqueda de respuestas para las siguientes preguntas: ¿Libertad para qué, frente a quién, cómo y por qué?

<sup>285</sup> Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Barcelona, Paidós, 2005.

<sup>286</sup> Finkielkraut, Alain, *La derrota del pensamiento*, 8a. ed., Barcelona, Anagrama, 2004, p. 130.

## XII. LIBERTAD Y TIEMPO

La tierra pertenece a los vivos... Ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente.

Thomas JEFFERSON, *Carta a James Madison del 6 de febrero de 1789*

Tiene razón Francisco J. Laporta cuando escribe que la autonomía personal sólo “adquiere su pleno sentido en la continuidad temporal”.<sup>287</sup> El tiempo tiene una incidencia en el ejercicio de la autonomía, puesto que la misma está guiada —en principio— por elementos de racionalidad instrumental que nos hacen tomar decisiones guiados por lo que hemos aprendido en el pasado y por lo que queremos conseguir en el futuro.

Aunque somos habitantes del presente, y es en el momento actual en el que debemos tomar nuestras decisiones, muchas de ellas dependen de proyectos y compromisos que asumimos en el pasado.

Hay una dimensión individual y una dimensión colectiva relevantes para comprender la relación entre tiempo y libertad. Desde el punto de vista individual, hay que tomar en cuenta lo que ya se ha dicho: la influencia del pasado en el proceso de toma de decisiones que realizamos cotidianamente, pero también los ideales que deseamos conseguir en el futuro, los cuales nos lle-

<sup>287</sup> Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 30.

van a modelar esas decisiones conforme a lo que sea mejor para alcanzarlos.

La proyección de nuestras libertades en el tiempo nos permite hacer planes futuros. Estos planes responden a una racionalidad instrumental a partir de la que podemos proyectar hacia delante nuestros anhelos y la forma en que deseamos vivir. A partir de que trazamos planes para el futuro, asumimos también compromisos con nosotros mismos y con los demás para llevarlos a cabo. Laporta señala que “diseñar el propio plan de vida es lo que constituye la identidad de la persona en el tiempo, que es su compromiso con esos proyectos y planes lo que la hace la persona que es, lo que le confiere esa identidad propia que puede llevar a que se le reconozca como aquello que es”.<sup>288</sup>

Desde el punto de vista colectivo, la relación entre libertad y tiempo es todavía más compleja. Dicha relación le interesa profundamente al constitucionalismo, ya que de ella depende que podamos justificar el hecho de que las decisiones más importantes que debe tomar una comunidad política estén guiadas por un instrumento jurídico que fue aprobado hace muchos años y cuyos autores han fallecido (con lo cual no tienen que sufrir los efectos positivos o negativos de sus propias decisiones, ni tampoco pueden ayudarnos a dilucidar si estamos interpretando correctamente lo que muchas veces se expresa a través de textos ambiguos o poco claros).

La pregunta importante es la siguiente: ¿tiene sentido que nuestras libertades de hoy estén regidas por normas constitucionales emitidas hace muchos años, incluso siglos? Suponiendo que aceptemos que las constituciones son textos que nos sirven para guiar nuestra vida en común en el momento actual (ya que tienen muchas virtudes, como por ejemplo la de sacar del ámbito de la discusión ciertos temas y darlos por resueltos en alguna medi-

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 37.

da),<sup>289</sup> ¿debemos permanecer atados al significado que le quisieron dar sus autores o podemos, utilizando el mismo texto, hacer interpretaciones idóneas y apropiadas para nuestro tiempo?

En México, la última pregunta no tiene ningún interés histórico, ya que la Constitución de 1917 ha sido reformada tantas veces que sería casi imposible intentar atenerse al significado original. Muchas más implicaciones presenta la misma cuestión en el debate estadounidense, ya que su Constitución de 1787 apenas ha sido objeto de 27 enmiendas. Allí los originalistas (quienes defienden que se debe conservar el significado que sus autores le dieron originalmente al texto de la Constitución) han llegado incluso hasta la Suprema Corte, y sobre esa base dictan sus sentencias o sus votos discrepantes, según sea el caso. El originalismo se ha identificado con posturas conservadoras, que niegan la posibilidad de ofrecer una interpretación extensiva del texto constitucional que sea útil para un avance de las libertades.

Sería imposible abordar todos los aspectos involucrados en este tema,<sup>290</sup> pero creo que es interesante, por lo menos, apuntar su existencia, y la incidencia que puede tener sobre la proyección temporal de nuestras libertades. La frase de Thomas Jefferson que encabeza este apartado, nos debe mantener siempre alertas respecto de la tiranía del pasado, y respecto de la respon-

289 Se trata de la existencia de lo que Stephen Holmes llama “las reglas mordaza” o la política “de la omisión”, las cuales ayudan a la deliberación democrática, al sacar temas de la agenda, por haber sido previamente resueltos a nivel constitucional; véase Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999, pp. 49 y ss. En el mismo libro y del mismo autor, debe verse también el ensayo “El precompromiso y la paradoja de la democracia” (pp. 217 y ss.).

290 Para una primera aproximación puede verse el debate protagonizado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, con otros destacados constitucionalistas y teóricos del derecho (como Laurence Tribe o Ronald Dworkin), en Scalia, Antonin *et al.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, 6a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1998.

sabilidad de las generaciones vivas de darle un sentido propio a su existencia.

Ahora bien, el tiempo no es pura continuidad. Hay sucesos que dejan una huella tan importante que marcan un antes y un después en la historia de la humanidad. A partir de ellos nuestra visión del pasado y del futuro se modifica y adquiere nuevos significados. Uno de esos momentos tuvo lugar en los campos de concentración que crearon los nazis para eliminar a los judíos, entre otras funciones. Vale la pena hacer un breve comentario sobre el tema, por su importancia para nuestra comprensión contemporánea de las libertades.

### *La libertad después de Auschwitz*

En nuestro país, en nuestra presencia y ante nuestros ojos asesinaron a varios millones de personas inocentes; fue un acontecimiento tan espantoso, una tragedia tan inmensa que es justo y humano que los que sobrevivieron estén obsesionados y no puedan recobrar la calma.

Kazimierz DZIEWANOWSKI

Sólo puede decir que hizo todo lo que pudo, quien lo pagó con el precio de su muerte.

Wladyslaw BARTOSZEWSKI

Nuestra concepción de la libertad está determinada temporalmente, en la medida en que la época en la que nos toca vivir influye en nuestras ideas y, de cierta forma, en nuestras posibilidades reales de ser libres. Cuando pensamos en la libertad, no podemos dejar de dar cuenta de la influencia de lo acontecido en

el pasado y de lo que de él aprendemos sobre nuestro objeto de reflexión.

El siglo XX ha sido con frecuencia calificado como el siglo de los genocidios. En pocas décadas, el mundo se vio envuelto en dos grandes y sangrientas guerras, y todavía hacia finales del siglo se sucedieron graves fenómenos de matanzas indiscriminadas, incluyendo episodios de limpieza étnica y de violaciones masivas de derechos humanos en varios continentes.<sup>291</sup>

Pero si alguna experiencia histórica parece estar presente en casi cualquier reflexión sobre los horrores del siglo XX, esa es la del régimen nazi que gobernó en Alemania bajo las órdenes de un asesino desequilibrado que en vida llevó el nombre de Adolf Hitler.

Concretamente, la experiencia nazi produjo la maquinaria más perfecta para la eliminación física de millones de personas: la llamada “solución final”, que entre otras masacres condujo a millones de personas hacia campos de concentración en los que eran encerrados y muchos de ellos asesinados. Uno de esos campos de concentración, quizá el más conocido aunque no murieran allí el mayor número de personas ni fuera el más grande de cuantos existieron, fue el de Auschwitz, situado en el territorio de Polonia.

El campo de Auschwitz comenzó a funcionar en junio de 1940, cuando llegaron los primeros prisioneros polacos, y fue liberado en enero de 1945. Al principio, el campo había sido concebido como una prisión de tránsito. Durante sus primeros años no fueron pocos los presos que a los pocos meses salieron por la puerta. Esto no impidió, sin embargo, que ya para los primeros meses de 1942 hubieran muerto más de 20 mil polacos que fueron internados durante la primera etapa del campo.

El funcionamiento del campo se basaba en la cooperación de los propios internos para dirigir los trabajos de los demás y man-

<sup>291</sup> Power, Samantha, *Problema infernal. Estados Unidos en la era del genocidio*, México, FCE, 2005.

tener la disciplina. A los internos seleccionados por los nazis se les conoce como “kapos”, los cuales podían llegar a ser tanto o más salvajes que sus captores.

Auschwitz tenía también un espacio dedicado a los castigos. Allí llevaban a los presos que hubieran cometido alguna falta o que hubieran sido delatados por algún compañero (lo de menos era si la delación tenía o no fundamento). Ese espacio se conocía como “Bloque 11”, y en realidad lo que se practicaba dentro de sus muros era la tortura y el asesinato. La imaginación de los nazis para torturar no tenía límites, y muchas veces era secundada por personal médico para mantener con vida a los torturados, a quienes se azotaba con látigos, se les enterraban agujas bajo las uñas, se les marcaba con hierro ardiente o los empapaban con gasolina antes de prenderles fuego. Hay testimonios de que a algunos presos les metían la cabeza en las estufas de coque que funcionaban durante el invierno. Sus rostros quedaban abrasados y los ojos se les calcinaban... pero no morían y podían ser objeto de ulteriores suplicios. Al final, en Auschwitz murieron más de un millón 100 mil personas, entre las cuales se encontraban 200 mil niños.<sup>292</sup>

No cabe hablar de lo que puede significar la libertad en el siglo XXI sin pensar y sin volver nuestra mirada a Auschwitz, que sintetiza en una sola palabra toda la capacidad del ser humano para destruir, para aniquilar, para deshumanizar a las personas, para masacrarlas. Para privarlas de todo cuanto significa *ser humano*. Auschwitz ha sido y debe seguir siendo para nuestra conciencia y para nuestro espíritu de libertad una sirena que aúlla en la noche. No deberíamos bajar la guardia, luego de saber que algo tan atroz como Auschwitz llegó a pasar.

Y si pasó eso, significa, al menos, que podría volver a pasar. Si un pueblo tan avanzado espiritualmente, como lo era el pue-

<sup>292</sup> Los datos de los párrafos anteriores se encuentran, junto con otros muchos de gran interés, en Rees, Laurence, *Auschwitz. Los nazis y la solución final*, Barcelona, Crítica, 2007.

blo alemán de la República de Weimar, fue capaz de permitir el encumbramiento de un psicópata como Hitler, no hace falta ser muy imaginativo para darse cuenta de lo que podría hacer un desalmado de esa talla en un país dominado por la ignorancia y la corrupción.

Auschwitz nos exige pensar desde las ciencias sociales sin hacernos los inocentes, sin pretender que no hay allí afuera personas dispuestas a encarnar el mal absoluto. Esas personas existen, y nuestra responsabilidad moral e intelectual es hacerles frente, anteponiendo la libertad frente a los intentos ilegítimos para imponer la coacción.

Hoy hacemos ciencia social habiendo leído las narraciones de los supervivientes. Desde las más conocidas, como los textos de Ana Frank, Primo Levi o Víctor Frankl, hasta las más complejas y profundas, a veces referidas a otros regímenes totalitarios, como las de Alexander Solzhenitsyn o Eugenia Ginzburg sobre el Gulag. Incluso los testimonios literarios (como la monumental novela *Las benévolas* de J. Litell), periodísticos (como el muy conocido ensayo de Hannah Arendt *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*) o cinematográficos (como *La lista de Schindler* de S. Spielberg), nos abren los ojos y nos colocan frente a la realidad del mal absoluto que ha existido y se impuso (afortunadamente, por pocos años) en el corazón mismo de la cuna de la cultura europea y occidental.

Leer esas narraciones no puede dejarnos indemnes. La experiencia de lo sufrido bajo la locura totalitaria no puede pasar inadvertida para las ciencias sociales. Y sobre todo no puede hacerlo para los intelectuales y para los ciudadanos preocupados por la libertad. La memoria del Holocausto debe seguir viva para advertirnos del peligro que corremos cuando se adormece la razón, cuando comenzamos a justificar pequeños abusos y terminamos con el exterminio de millones de personas. Ese es el aviso de Auschwitz y también su legado: una advertencia para permanecer despiertos, para estar alerta frente a las actuales mixtifica-

ciones de la democracia, frente a la omnipresente tentación del poder de extralimitarse.

Quizá lo que distingue al holocausto nazi de otras tragedias es el hecho de que los verdugos no sintieran, según los testimonios existentes, la más mínima duda moral acerca de lo que estaban haciendo. No fueron pocos los nazis que, una vez detenidos y procesados por las potencias que los derrotaron, admitieron haber cometido todo tipo de fechorías, pero se sentían orgullosos de haber cumplido su deber y, además, de haberlo hecho con la mayor diligencia y profesionalismo.

El testimonio de Adolf Eichmann, durante su juicio en Jerusalén, narrado con maestría por Hannah Arendt, demuestra que muchos de los dirigentes nazis se veían a sí mismos como simples profesionales; para ellos su trabajo no difería del que pudiera hacer un zapatero o un profesor. Simplemente se presentaban a su lugar de trabajo, prendían los hornos crematorios y comenzaban a matar gente.

Para poder tener una visión tan burocrática de la muerte de miles de personas, antes había que privar a sus víctimas del carácter de seres humanos. Degradarlos al nivel de las cosas o de los animales, para que no hubiera remordimiento alguno al asesinarlos. Es más, para perfeccionar la crueldad y el cinismo, serían los propios presos de los campos de concentración los que deberían ayudar a matar a los demás. Y en efecto, no fueron pocos los que decidieron colaborar con los verdugos, guiados por un proceso de deshumanización que los tenía por destinatarios, pero del que también eran correas de transmisión.

No encuentro mejor forma de repetir las advertencias hechas después del genocidio nazi, que las lúcidas palabras de Ernesto Garzón Valdés, pues tienen mucho que ver con la libertad, con la dignidad y con nosotros mismos. Dice Garzón lo siguiente:<sup>293</sup>

<sup>293</sup> Garzón Valdés, Ernesto, "La calamidad moral del Holocausto", *Nexos*, México, núm. 363, marzo de 2008, p. 29.

Infierno cerrado de asesinato masivo o espiral de indignidad en el más básico sentido de la palabra: esto es lo que fue el Holocausto. Y porque lo fue, no está moralmente permitido cansarse de condenarlo. Quien se cansa, quien considera que ya todo está dicho y que toda reiteración es superflua, facilita el ingreso del olvido. Al hacerlo, reduce la conciencia de la propia dignidad, que no se agota en la defensa de la propia agencia moral, sino que incluye también el respeto a la dignidad del prójimo. Por ello, toda lesión de la dignidad del otro revierte como un bumerán sobre la propia dignidad. El Holocausto lo puso de manifiesto con *absoluta maldad*; si alguna lección podemos sacar de esta calamidad, creo que ella es la de tener presente que la deshumanización colectiva no es un fantasma imaginario sino un peligro real, quizás sólo evitable si nos mantenemos alerta estimulando el recuerdo de lo que fue, a fin de salvaguardar la nota distintiva de nuestra humanidad: la dignidad de cada persona.

### XIII. LIBERTAD Y DEBERES

Es un principio aceptado por toda la doctrina contemporánea de los derechos fundamentales que la titularidad de dichos derechos no está condicionada al cumplimiento de ningún tipo de deber, sea moral o sea jurídico. Es decir, se acepta que todas las personas son titulares de derechos con independencia de que cumplan o no con ciertas obligaciones. En todo caso, el incumplimiento de deberes dará lugar a la imposición de sanciones, pero no a la privación de la titularidad de derechos (como regla general).

Norberto Bobbio ha señalado que uno de los grandes avances del mundo moderno ha sido precisamente la separación entre los derechos y los deberes, asignando los primeros a todas las personas sin ningún tipo de condición, cosa que no sucedía en el pasado. Esto no significa que las normas constitucionales que establecen derechos no se hayan ocupado también de los deberes.

La noción de deber a cargo de los particulares no es extraña ni en el derecho mexicano, ni en el derecho internacional de los derechos humanos. Por mencionar un ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala en su artículo 29.1 que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. De forma parecida, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (artículo 32.1).

Sin embargo, hay que reconocer que una de las críticas que se suele hacer a las teorías de los derechos es que pasan por alto los

deberes.<sup>294</sup> Todavía más: se critican a los derechos mismos y se les hace responsables de algunos de los males que aquejan a las sociedades contemporáneas. Algunos analistas hablan del “exceso de libertades” o de la “permissividad social” de ciertas conductas, avaladas por leyes y tribunales.

Desde un punto de vista de filosofía política y de teoría de la justicia, es obvio que el adecuado desarrollo y preservación de los derechos fundamentales en una sociedad democrática exige que los ciudadanos asuman una serie de deberes no en el sentido jurídico del término, sino en un cierto sentido moral o cívico. Es decir, para lograr la vigencia efectiva de los derechos, todos debemos asumir una ética pública que refleje el compromiso con los valores que esos derechos buscan defender y preservar.

Insisto, no se trata de una reflexión que se pueda hacer solamente desde el ámbito jurídico, sino que pertenece también al campo de la axiología moral y de la ética. Algunos autores han sostenido, por ejemplo, que aunque no esté prohibido fumar y que el consumo de cigarrillos forme parte —en términos generales y con las limitaciones que se imponen cuando se quiere fumar en ciertos lugares— de una libertad no regulada, es importante que las personas reduzcan ese consumo en favor de su propio derecho a la salud y del derecho a la salud de los demás.

De la misma forma, aunque la libertad de expresión pueda amparar y proteger ciertos discursos de corte racista o degradante para ciertos grupos, una ética de los derechos nos indica que debemos de mantener nuestros discursos dentro de ciertos parámetros de normalidad, no ya para evitar violar una u otra norma jurídica, sino para reforzar los derechos en el ámbito de la ética pública.

Sobra decir que las consideraciones éticas y axiológicas no pueden servir en ningún caso para impedir *jurídicamente* la posi-

<sup>294</sup> Véase el comentario, al respecto, que hace Cruz Parceró, Juan Antonio, “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001, pp. 46-49.

bilidad de que cualquier persona mantenga una ética distinta a la de la mayoría; los derechos fundamentales sirven justamente para proteger al disidente individual, a quien decide comportarse según los dictados de su conciencia, por ejemplo fumando 50 cigarrillos al día o hablando sobre la inferioridad de ciertas razas en una plaza pública. Los derechos fundamentales sirven justamente para eso, o no sirven para nada.

Pero volvamos por un momento a la crítica que señala que tenemos “demasiadas libertades” o que los derechos son responsables de la creación o del mantenimiento de algunos de los problemas de nuestras sociedades del siglo XXI.

Cass Sunstein y Stephen Holmes, en su libro sobre el costo de los derechos, ponen un ejemplo que puede ser ilustrativo para comenzar el análisis.<sup>295</sup> Se trata de un caso que finalmente llegó al conocimiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos. El caso inicia porque un adolescente del estado de Wisconsin, John Redhail, se convierte en padre mientras era todavía estudiante de preparatoria. La madre del niño lo demanda ante una corte local para exigirle la pensión por concepto de alimentos, y el juez le asigna la obligación de pagar 109 dólares al mes hasta que su hijo cumpla los 18 años de edad.

Redhail nunca cumple con su obligación, y dos años después solicita casarse con otra mujer, pero la autoridad encargada de realizar el trámite le niega el derecho a casarse con base en la legislación de Wisconsin, la cual permite privar del derecho al matrimonio a aquellas personas que no han cumplido con los deberes hacia sus hijos. La Suprema Corte de los Estados Unidos considera inconstitucional la legislación de Wisconsin, dado que el derecho a casarse es un derecho fundamental del cual una persona no puede ser privada; para lograr el cumplimiento de las obligaciones alimentarias hacia los hijos deben preverse otras estrategias, que no afecten a derechos fundamentales, dice la Corte.

<sup>295</sup> Holmes y Sunstein, *The Cost of Rights...*, cit., nota 135, p. 135.

Holmes y Sunstein se preguntan si el incumplimiento de un deber que es a la vez jurídico y moral (el deber de proporcionar alimentos a un hijo) puede derrotar a un derecho fundamental (el derecho a casarse). En caso contrario, ¿estaría el ordenamiento jurídico enviando un mal mensaje a todos los padres irresponsables que no cumplen con las obligaciones que tienen hacia sus hijos?

El caso es interesante porque además de los efectos directos que tiene sobre las partes involucradas, nos permite reflexionar sobre la “distribución social” de los riesgos y las cargas que enfrentamos entre todos. Esto es así ya que la sociedad, a través de las agencias públicas competentes, se hace cargo de alimentar a los menores cuyas familias no cumplen con sus obligaciones. Esto significa que la indolencia de Redhail tiene un costo social. ¿Debería él tener la posibilidad de beneficiarse de los derechos que le reconoce una sociedad a la que endilgó sus obligaciones paternas?

Holmes y Sunstein ponen sobre la mesa más preguntas: ¿ha provocado la cultura de los derechos un aumento de la irresponsabilidad individual a costa del cumplimiento de las obligaciones morales tradicionales?, ¿la cultura política que se basa en el reconocimiento de derechos alienta a que los individuos se conduzcan como lo prefieran, sin tomar en cuenta las consecuencias de su conducta, incluso cuando dicha conducta afecta a los demás?<sup>296</sup>

Los críticos de las libertades señalan que desde los años setenta del siglo XX se permite todo tipo de conductas socialmente dañinas (cobrar seguros de desempleo sin buscar ningún tipo de trabajo, abusar de las drogas y el alcohol, realizar conductas promiscuas, incumplir con deberes parentales, etcétera). Para algunos, este tipo de “contracultura” ha sido alentada o al menos permitida por los jueces de la Suprema Corte, sobre todo durante la

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 136.

época en que su presidente fue Earl Warren (de 1953 a 1969) y todavía durante una parte de la presidencia de Warren Burger (de 1969 a 1986). Como se sabe, se trata de un periodo que representa el modelo que suele citarse de activismo judicial; un activismo, además, de signo claramente progresista en temas que suelen dividir a la sociedad estadounidense.<sup>297</sup>

Durante la época de la Corte Warren, fueron dictadas importantes sentencias en materia de igualdad racial en las escuelas (caso *Brown vs. Board of Education* de 1954),<sup>298</sup> de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución (*Cooper vs. Aaron* de 1958), de cateos y revisiones policiacas (caso *Mapp vs. Ohio* de 1961),<sup>299</sup> de libertad religiosa (caso *Engel vs. Vitale* de 1962),<sup>300</sup> de asistencia letrada gratuita (caso *Gideon vs. Wainwright* de 1963),<sup>301</sup> de libertad de prensa (*New York Times vs. Sullivan* de 1964),<sup>302</sup> de derechos de los detenidos (*Miranda vs. Arizona* de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres

<sup>297</sup> Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros, y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Corte Suprema de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación, puede ser de utilidad revisar el libro de Tushnet, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press, 1993. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en Newton, Jim, *op. cit.*, nota 191.

<sup>298</sup> Patterson, James, *Brown vs. Board of Education. A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple Justice. The History of Brown vs. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; Cottrol, Robert J. et al., *Brown vs. Board of Education. Caste, Culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

<sup>299</sup> Long, Carolyn N., *Mapp vs. Ohio. Guarding against Unreasonable Searches and Seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

<sup>300</sup> Dierenfield, Bruce J., *The Battle over School Prayer. How Engel vs. Vitale Changed America*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

<sup>301</sup> Lewis, Anthony, *Gideon's Trumpet*, Nueva York, Vintage Books, 1989.

<sup>302</sup> Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan...*, *cit.*, nota 208.

(*Griswold vs. Connecticut* de 1965, en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos).<sup>303</sup>

Una línea semejante de decisiones progresistas es detectable también durante la Corte Burger, aunque ya con un empuje menor respecto de su antecesor; con todo, se deben a la Corte dirigida por Burger decisiones tan relevantes como la referida a la pena de muerte (*Furman vs. Georgia* de 1972, obligando a una moratoria de todas las condenas de muerte ya dictadas), a la despenalización del aborto durante los primeros meses de la gestación (*Roe vs. Wade* de 1973, sobre la prohibición de castigar el aborto durante los tres primeros meses del embarazo por lo menos), al uso y distribución de materiales pornográficos (*Miller vs. California* de 1973), a la posibilidad de crear acciones afirmativas a favor de ciertas minorías (*Regents of the University of California vs. Bakke* de 1978), etcétera.

Las críticas al “exceso de libertades” provienen de los dos extremos del espectro político. Desde la derecha y desde la izquierda se profieren quejas sobre los “excesivos” alcances de los derechos: la derecha critica las muchas licencias que se dan a las

<sup>303</sup> Johnson, John W., *Griswold vs. Connecticut. Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005; Tribe, Lawrence, *op. cit.*, nota 54. Con independencia de su valor e interés intrínseco, el caso *Griswold* es recordado sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: *Roe vs. Wade* de 1973. En *Griswold*, la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of Rights*. Para la Corte, los derechos establecidos por el *Bill of Rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas, y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”.

personas pobres, lo que no les ayuda a salir de su desamparo, y además le cuesta mucho al presupuesto público; la izquierda se queja de las muchas licencias que obtienen los más ricos, las cuales les permiten pagar pocos impuestos.

En Estados Unidos, las críticas conservadoras se enfocan en los efectos perversos de las ayudas públicas para madres desempleadas, de las cuales se benefician sobre todo mujeres afrodescendientes. Según los críticos, tales ayudas minan el sentido de responsabilidad de esas mujeres, que se rehúsan a levantarse temprano, que no hacen el esfuerzo de vestirse y arreglarse para conseguir trabajo.<sup>304</sup>

Por su parte, los progresistas denuncian que al amparo de las libertades se beneficia a los especuladores bursátiles, a los altos ejecutivos de las grandes empresas que reciben sueldos fuera de toda proporción, y no se incentiva la responsabilidad social de las compañías que prefieren “deslocalizar” sus fábricas, llevándolas a países que tienen normas ecológicas y laborales menos exigentes.

En México no sería difícil poner ejemplos parecidos, que reflejen aunque sea en parte nuestro propio debate. Los conservadores se quejan de la supuesta “manga ancha” de nuestro sistema penal, y exigen medidas drásticas para combatir el crimen, a la vez que deploran el enorme gasto público en educación, salud y seguridad social. No son pocas las voces que impulsan una disminución sensible del gasto en esos y otros rubros, o que abogan por traspasar a los particulares parte de las funciones (y de los recursos) que actualmente se destinan a satisfacer derechos sociales.

Las fuerzas progresistas han sido, en México, menos enjundiosas que las de Estados Unidos al momento de criticar el uso de las libertades. Eso se debe, en alguna medida, al hecho de que el sector financiero mexicano y la política tributaria sobre los

<sup>304</sup> Holmes y Sunstein, *The Cost of Rights...*, cit., nota 135, p. 138.

grandes contribuyentes son áreas opacas del quehacer público, por lo que se sabe más bien poco. Mientras que en Estados Unidos cualquier ciudadano puede conocer el sueldo del presidente de Disney, de Apple o de Microsoft, en México es imposible conocer los ingresos del director general de Telmex, de Vitro o de Cemex.

A partir de la identificación de estas críticas provenientes de todo tipo de posturas ideológicas, Holmes y Sunstein se siguen preguntando si es verdad que en la cultura estadounidense ha ganado un espacio considerable la postura del “cualquier cosa vale” y, en su caso, si eso se ha debido a la “explosión de los derechos” (o revolución de los derechos, como la han calificado otros intelectuales) que se produjo con la Corte Warren a partir de la década de los cincuenta. Se preguntan en qué sentido esa “explosión” tuvo efectos sobre el rompimiento de las familias (o el cambio en el modelo familiar), sobre la permisividad sexual o sobre la ética en el trabajo.

En realidad, contestan nuestros autores, habría que comenzar tomando en consideración la enorme heterogeneidad de los derechos. Por ejemplo, dicen, ¿el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores favorece actitudes irresponsables?, ¿lo hacen los derechos al *habeas corpus*, a un juicio justo o a votar? Por lo tanto, habría que separar conceptualmente los supuestos efectos perversos de los derechos, tomando en cuenta el significado e implicaciones de cada uno de ellos. No todos sirven para lo mismo.

Ahora bien, si el debate se centra en los derechos de libertad, que es el tema que más nos interesa para el contenido de este libro, lo que podemos detectar es que no han sido los derechos y su protección por parte de los tribunales los que han producido muchos de los problemas que supuestamente se les achaca. De hecho, si hacemos una comparación de carácter histórico, podremos ver que tanto en Estados Unidos como en México la ampliación de las libertades ha permitido superar estados de cosas a todas luces inaceptables, tanto para los políticos y ciudadanos de derecha como para los de izquierda.

En Estados Unidos la falta de reconocimiento de las libertades de todos mantuvo durante décadas a las personas afroamericanas fuera de la elemental consideración como personas, como seres portadores de dignidad y de derechos.

En México, la falta de respeto a las libertades en materia de participación política nos mantuvo bajo la sombra de un Estado autoritario y represor, que se deshacía con facilidad de sus “enemigos”, y que no rendía en absoluto cuentas a los ciudadanos.

Pero además, como señalan Holmes y Sunstein, los ejemplos disponibles en el derecho comparado no nos permiten suponer que en aquellos países donde sus ciudadanos tienen menos libertades, florezca la responsabilidad social.<sup>305</sup>

¿Cómo puede surgir un mayor sentido de responsabilidad cuando uno no está seguro del alcance de su libertad de expresión, cuando no puede asociarse con los demás para defender sus derechos, cuando no se le respeta el derecho de petición o cuando los jueces resuelven invariablemente a favor de las autoridades en los juicios por presuntos abusos policíacos? Sin ir más lejos, el sistema de los países comunistas ilustra bien que, en ausencia de libertades, la solidaridad social no surge de forma espontánea, o mejor dicho no surge a secas.

Es precisamente un régimen basado en el respeto a los derechos fundamentales el que propicia un surgimiento más vigoroso de virtudes cívicas y en el que la realización libre de cualquier existencia puede cobrar sentido. Nada de eso acontece ni puede acontecer en los regímenes que no respetan los derechos, pues en ellos se suele suplantar la voluntad de los individuos por la voluntad de la clase gobernante.

Ahora bien, si nos ubicamos en la esfera ya no solamente de las conductas permitidas o prohibidas por normas jurídicas, sino que ampliamos nuestra mirada para abarcar los comportamientos “socialmente” permitidos, tendremos que reconocer que la esfera

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 141.

de libertades no se ha ensanchado en los últimos años, sino que quizá esté sujeta a mayores limitaciones. Algunas de ellas ya han sido tratadas y discutidas en las páginas y apartados precedentes.

Holmes y Sunstein citan otros ejemplos que quizá tengan interés para los lectores no estadounidenses. Son casos en los que el ámbito de las libertades no solamente no se ha ampliado, sino que se ha reducido por efecto combinado tanto de las normas jurídicas como de las convenciones sociales o morales.

Esto sucede con las conductas destructivas en relación al medio ambiente. La conciencia alrededor de las cuestiones ambientales ha crecido enormemente en los últimos años, y esto ha tenido incidencia en un sinnúmero de actividades y de actitudes, desde el hogar hasta las empresas, desde el trabajo hasta el consumo.

Un segundo ejemplo citado por Holmes y Sunstein es el del consumo de cigarrillos. La evidencia disponible demuestra que su utilización se ha reducido considerablemente en los últimos lustros, seguramente como consecuencia de actitudes más responsables hacia la propia salud, y de la mayor sensación de engaño que algunos consumidores tienen respecto a los productos de cigarros.

Un tercer ejemplo se encuentra en las relaciones personales dentro del ámbito laboral. Mientras que hace unos años ni siquiera se conocía el concepto de “acoso sexual”, ahora no solamente se le ha definido con precisión, sino que además se le sanciona legalmente. De hecho, recientemente se ha extendido la reprobación jurídica y moral del acoso para llevarlo, dentro de las relaciones de trabajo, más allá de implicaciones sexuales. Hoy también está proscrito en muchos países el acoso psicológico.

Un ejemplo adicional que citan Holmes y Sunstein se refiere a las relaciones sexuales no consensuales dentro del matrimo-

nio.<sup>306</sup> Este es un ejemplo que se aplicaba, por desgracia, a México hasta hace muy poco tiempo. El caso es que anteriormente se permitía que uno de los cónyuges (normalmente el hombre) requiriera al otro el sostenimiento de relaciones sexuales incluso por la fuerza. La ley no amparaba al cónyuge que había sufrido una violación y, de hecho, ni siquiera se consideraba como tal esa conducta. En México, la Suprema Corte, durante su octava época, no reconoció que pudiera darse una violación entre cónyuges, sino lo más que podía darse era un exceso en el ejercicio de un derecho propio. No es difícil imaginarse lo que esa licencia para violar supuso en un país en el que prevalecen tan altas tasas de violencia contra las mujeres, y de impunidad de sus perpetradores. Lo peor es que esa “licencia” no provenía de una cultura ancestral o de una banda de borrachos que peleaban en una cantina por saber quién de ellos iba a violar en primer término a una mujer. Provenía de un tribunal que tenía a su cargo la custodia de los derechos fundamentales. Lamentablemente no fue el último caso de jurisprudencia de la Suprema Corte que restringe notablemente la esfera de derechos de las mujeres, ni mucho menos la última sentencia que le da la espalda a las libertades más elementales de la persona.<sup>307</sup>

Lo importante, sin embargo, es destacar el hecho de que las nuevas normas (incluyendo un cambio de orientación jurisprudencial en México) regulan el ejercicio responsable de la sexualidad y exigen el consenso pleno de los involucrados, superando de esa manera las formas primitivas de entender el matrimonio, según las cuales las personas se casaban con fines exclusivamente reproductivos (alguna religión todavía mayoritaria sigue defendiendo esta idea, por fortuna cada vez más superada socialmente).

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>307</sup> Hemos estudiado algunas de las sentencias más regresivas en materia de derechos fundamentales en Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa-IMDPC-UNAM, 2008.

Pongamos finalmente un ejemplo exclusivamente mexicano. Ya se dijo que una crítica conservadora a las libertades consiste en señalar la gran permisividad de la legislación penal, la cual tendría por efecto la generación de las altas tasas de violencia que padecemos a lo largo y ancho del país. Pero ¿es realmente permisivo el procedimiento penal diseñado por la Constitución y las leyes? En otras palabras: ¿el problema de la violencia se resume en un marco jurídico inadecuado?

Todas las estadísticas disponibles nos indican precisamente lo contrario: las libertades de todos están en peligro debido a la impunidad que se produce por la ineficacia de las autoridades. Si quienes cometen un acto delictivo no son atrapados salvo en casos verdaderamente remotos, entonces es imposible que nos sintamos seguros cuando salimos a la calle o cuando estamos en nuestro hogar. Cuando son las propias autoridades las que muchas veces están coludidas con las bandas del crimen, entonces muchas de nuestras libertades son poco más que un espejismo. Pero si además el propio procedimiento penal es una máquina muy aceitada de violación de derechos fundamentales de quienes terminan por caer en sus redes, entonces es una actitud casi fascista decir que tenemos demasiadas libertades o intentar mantener intocado un sistema penal que no funciona.<sup>308</sup> No es que nos hayamos quedado cortos al diseñar el sistema penal, sino que nos hemos equivocado por exceso, tanto desde el punto de vista sustantivo (la definición de las conductas que son consideradas como delitos), como desde el punto de vista procesal (al establecer unas reglas procesales absurdas, engorrosas y contrarias a las más elementales libertades)

Todo lo anterior viene a demostrar, a través de algunos simples ejemplos (se podrían poner muchos más), que los derechos de libertad no alientan la irresponsabilidad ni son la causa de

<sup>308</sup> La evidencia empírica que da sustento a lo que se acaba de afirmar, puede verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven...?, cit.*, nota 145, cap. I.

problemas como la incidencia delictiva, las nuevas formas de convivencia familiar o los hábitos sexuales de los ciudadanos.

Por el contrario, los derechos de libertad *exigen*, si son tomados en serio, de actitudes fuertemente comprometidas. En primer término se las exigen a los que podríamos llamar “sujetos pasivos tradicionales” de las libertades, que son los poderes públicos. La libertad de expresión impone obligaciones y responsabilidad a las autoridades, lo mismo que hace la libertad de tránsito, la libertad de prensa, la inviolabilidad del domicilio o el derecho a votar.

Pero también involucran la cooperación y responsabilidad de los particulares. Pensemos en el caso de la libertad de prensa: ¿no es cierto que su ejercicio efectivo requiere de un cierto nivel de compromiso por parte de los periodistas al seleccionar las noticias que van a destacar en los medios de comunicación?, ¿no es cierto que un ejercicio de dicha libertad que privilegiara noticias sin interés general, destinadas a entretener más que a informar a los ciudadanos, terminaría por vaciarla de contenido? Pero del mismo modo: ¿no es cierto que los consumidores de medios de comunicación deben premiar a las publicaciones serias, a las que defiendan la pluralidad del debate y se enfocan en temas de interés general, por encima de la prensa amarillista o la llamada “prensa rosa”? Por tanto, podemos decir que las libertades no solamente no fomentan la irresponsabilidad, sino que producen el efecto contrario al elevar el nivel de exigencia cívica y participativa de todos los miembros de la comunidad política.

Otra cuestión es, como lo advierten Holmes y Sunstein, que las libertades permitan la realización de conductas que son ampliamente consideradas como “inmorales”. En efecto, para volver al mismo ejemplo, la libertad de prensa permite que ciertas personas expresen públicamente puntos de vista profundamente ofensivos, soeces o equivocados según los parámetros que defenderían la mayoría de las personas. A muchas de ellas les puede parecer inmoral que los medios impresos anuncien ofertas sexuales o que difundan artículos sobre el avance de conductas contra-

rias a cierta religión. Pero nada de eso les causa un daño de tal entidad como para cercenar la libertad de prensa. Antes bien, como lo han explicado todos los pensadores liberales —comenzando por John Stuart Mill— la heterogeneidad de las ideas que se puede observar cuando existe libertad de expresión es uno de los más grandes tesoros de una sociedad. Unos abusaran de esa libertad, pero la mayoría la utilizará para mejorar sus conocimientos y para hacerse con datos que le servirán para guiar su existencia.

Pero tampoco exageremos las posibilidades que nos ofrecen las libertades para realizar conductas poco comunes. Una mirada a la realidad nos permitiría advertir que dichas posibilidades son más bien pocas (no según el derecho, sino de acuerdo con la práctica realmente existente). El hecho de que miles de millones de personas en el mundo escuchen la misma música, lean los mismos libros, reciban información de las mismas agencias, se vistan con las mismas marcas de ropa, profesen las mismas cuatro o cinco grandes religiones, mantengan patrones de conducta sexual parecidos, etcétera, no nos permite concluir que lo heterodoxo está ganando terreno.

Y no solamente no está sucediendo eso, sino que por el contrario, ahora el riesgo verdadero viene del terreno contrario: de la ya mencionada uniformidad en las conductas y en las expectativas, de la escasez de las fuentes de conocimiento, de la aburrida repetición mediática, de la pesadez de lo “políticamente correcto” en todo tipo de asuntos privados y públicos. Los riesgos no están del lado de quienes deciden ejercer sus libertades, sino del lado contrario. Lo que ahora corre peligro son precisamente las libertades, como lo he intentado demostrar en las páginas precedentes.

Otra cosa es que le pidamos al sistema de libertades (o, de forma más general, al sistema de derechos fundamentales) que resuelva cuestiones que no puede resolver: ¿acaso un recorte en nuestras libertades serviría para combatir el Sida (VIH), para terminar con los divorcios, para reducir el maltrato infantil, para

ayudar a las personas en situación de pobreza o para evitar la presencia de los “gorriones” en el sistema de prestaciones públicas?<sup>309</sup> Nada de eso puede ser resuelto a través de una restricción de nuestras libertades.

Pero volvamos por un momento al asunto que ya se apuntaba sobre las posibilidades que tenemos de utilizar nuestras libertades de forma “inmoral” o incorrecta según el criterio de la mayor parte de quienes integran nuestra sociedad. No se trata de una discusión jurídica, sino moral y ética. Una discusión pertinente para cualquier sociedad en la que las fronteras de la ética se estén redibujando, como sucede en México en infinidad de temas y ámbitos.

### *El resurgimiento ético*

Ha sido Gilles Lipovetsky quien ha dibujado con mayor rigor y claridad el “regreso de la ética” y las constantes apelaciones morales a la responsabilidad en nuestro tiempo. Dice Lipovetsky: “Por todas partes se esgrime la revitalización de los valores y el espíritu de responsabilidad como el imperativo número uno de la época: la esfera ética se ha convertido en el espejo privilegiado donde se descifra el nuevo espíritu de la época”.<sup>310</sup>

Pero se trata de una ética distinta y en alguna medida alejada de los planteamientos tradicionales; una ética que no se nutre de raíces teológicas, ni responde solamente a los resortes intelectuales del pensamiento laico. No se trata de una ética fundada sobre el temor del “más allá” que llevan siglos propagando las religiones de todo signo, pero tampoco una ética que busque regenerar las almas y los cuerpos a través del espíritu de disciplina y auto-

<sup>309</sup> Holmes y Sunstein, *The Cost of Rights...*, *cit.*, nota 135, p. 151.

<sup>310</sup> Lipovetsky, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 2005, p. 9.

dominio, o que tenga por objetivo la unidad moral de la nación.<sup>311</sup>

Se trata, por el contrario, de una ética de las satisfacciones inmediatas, que valora el derecho a la felicidad y que aspira a que todos podamos desarrollar nuestros propios planes de vida. Es un planteamiento que empata muy de cerca con los deseos y realizaciones consumistas que ya fueron objeto de un breve comentario en uno de los apartados anteriores. Una ética que Lipovetsky llama “posmoralista”.<sup>312</sup>

A los estudios jurídicos, este renacimiento ético les debería interesar, ya que en parte se explica como resultado del fracaso del derecho. En efecto, ya no es más sostenible la idea decimonónica que se sigue pregonando en cientos de escuelas y facultades de derecho, de acuerdo con la cual el ordenamiento jurídico se hace cargo de todos los sectores “relevantes” de la vida de los individuos. La pretensión omnireguladora de los códigos inspirados por el legislador napoleónico ha dejado de ser un modelo; actualmente la legislación se nos presenta de forma segmentada, incompleta, muchas veces contradictoria, plagada de lagunas más o menos subsanables a través de la actuación de los jueces y de otros intérpretes. Pero eso no es lo peor y ni siquiera resulta preocupante a la luz de otra dimensión que ilustra mejor el fracaso del derecho como instrumento único de regulación de la conducta; el fracaso debe medirse respecto de la eficacia real de las normas jurídicas para imponerse, ya sea que sus destinatarios se abstengan de violarlas o que una vez producida la violación se aplique efectivamente la sanción prevista.

Cuando se hace ciencia jurídica desde países con niveles de desarrollo institucional, cívico y educativo tan bajos como los que tiene México, no cabe más que considerar que el derecho no lo puede todo. Las normas jurídicas se aplican de forma selecti-

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 12.

va, la discrecionalidad de las autoridades está amparada desde el propio texto constitucional (por ejemplo, en el caso patético y vergonzante del artículo 33, respecto al trato dado a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional, pero se podrían citar muchos otros) y reconocida por la jurisprudencia, la impunidad es la regla general para quienes cometen delitos (la tasa de conductas penales no sancionadas alcanza, según datos oficiales, al 98% del total), las violaciones a las leyes acontecen diariamente en todos los rincones del país hasta sumar millones (tráfico de drogas, piratería en cualquier esquina, falsificación de bebidas, contrabando de armas, violencia machista, extorsiones a migrantes, corrupción oficial a todos niveles, y un muy largo etcétera).

Es en este contexto, ciertamente desolador para los juristas, en el que conviene reparar en el resurgimiento ético del que habla Lipovetsky. De hecho, la ética puede ayudar mucho al derecho, sin que esto signifique asumir una posición derrotista o ingenua. No podemos sentirnos derrotados por la escasa eficacia de las normas jurídicas; no hay alternativa alguna al derecho que conozcan las sociedades contemporáneas.

El derecho, aunque sea como aspiración, debe seguir siendo el marco fundamental de regulación de la conducta. No hay que renunciar ni siquiera temporalmente a la pretensión de hacer de México un país de leyes. Doblegar esa aspiración implicaría deslizarnos todavía más abajo en la pendiente que nos lleva y nos obliga a permanecer atados a la ley del más fuerte (el más fuerte económica, política o socialmente).

Tampoco cabe una actitud ingenua respecto de los alcances de la ética, sea cual fuere la forma en que adquiera contenido. La ética puede ayudar al derecho para modelar la conducta social sobre la base de objetivos compartidos que satisfagan, aunque sea en parte, el interés general, y que a la vez respeten las diferencias de que somos portadores todos y cada uno de nosotros. Pero tampoco puede sola.

La experiencia histórica nos demuestra que por muchas virtudes cívicas que existan en una comunidad política, nada asegura

que no pueda deslizarse cuesta abajo hacia la barbarie; se suele citar el caso de la Alemania de Weimar, en cuyo seno florecieron las artes y las ciencias, pero que dio paso a la experiencia nazi y al peor genocidio que ha conocido la historia.

Por eso es que quizá lo mejor sea contar con robustos referentes éticos en una determinada comunidad política y a la vez con un ordenamiento jurídico bien construido, que contenga normas apropiadas e idóneas para proteger las libertades, pero que también tenga ciertos niveles mínimos de eficacia para que tales libertades se puedan hacer realidad y no queden como meros elementos decorativos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Ángel Manuel, “De la libertad moderna a la idea liberal burguesa y a los derechos fundamentales”, en varios autores, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. III.
- ABRAMSON, Paul R. *et al.*, *Sexual Rights in America. The Ninth Amendment and the Pursuit of Happiness*, Nueva York, New York University Press, 2003.
- ACKERMAN, Bruce, *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Madrid, Península, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002.
- ANDERSON, Malcolm, *Frontiers. Territory and State Formation in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 1996.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Aborto: lo que ‘protege’ el Código Penal”, *El País*, 17 de enero de 2008.
- APPADURAI, Arjun, *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Barcelona, Tusquets, 2007.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999.
- BARBERIS, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.
- BARBER, Benjamin, *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*, Barcelona, Paidós, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt, *En busca de la política*, México, FCE, 2001.

- , *La sociedad sitiada*, México, FCE, 2004.
- , *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Barcelona, Paidós, 2005.
- , *Libertad*, Madrid, Losada, 2007.
- , *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, México, FCE, 2007.
- , *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007.
- , *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, México, Tusquets-Conaculta, 2008.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en CIENFUEGOS, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel A. (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- BECK, Ulrich (comp.), *Hijos de la libertad*, México, FCE, 2006.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.
- BERLIN, Isaiah, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- , *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997.
- BLUCHE, Frédéric et al., *La révolution française*, 6a. ed., París, PUF, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- , “Kant y las dos libertades”, en *id.*, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 103, enero-abril de 2002.

- , *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002.
- (coord.), *Quale libertà? Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma, Laterza, 2004.
- BREYER, Stephen, *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2005.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.
- BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, 5a. ed., Barcelona, Anagrama, 2005.
- BURLEIGH, Michael, *El Tercer Reich*, Madrid, Taurus, 2002.
- , *Poder terrenal. Religión y política en Europa. De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial*, Madrid, Taurus, 2005.
- , *Causas sagradas. Religión y política en Europa. De la Primera Guerra Mundial al terrorismo islamista*, Madrid, Taurus, 2006.
- CARBONELL, Miguel, “Bowers vs. Hardwick: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 119, mayo de 2005.
- ; MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLA, Karla (comps.), *Derecho Internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, 2 ts.
- (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa-CNDH, 2004.
- , *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH, 2005.
- (comp.), *Representación y democracia: un debate contemporáneo*, México, TEPJF, 2005.
- , *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2006.
- , *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, CNDH, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- , *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación comentada*, México, Conapred, 2007.
- , *La libertad de expresión en materia electoral*, México, TEPJF, 2008.
- y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, México, Porrúa-Renace-UNAM, 2008.
- , *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa-IMDPC-UNAM, 2008.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Sobre la eutanasia”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, FCE, 1999.
- CALVO, Kerman, “Matrimonio homosexual y ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 154, julio-agosto de 2005.
- CARABAÑA, Julio, “La separación del matrimonio y la descendencia”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 154, julio-agosto de 2005.
- CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, 2008.
- CASTLES, Stephen y MILLER, Mark J., *La era de la migración. Movimientos internacionales en el mundo moderno*, México, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados, 2005.
- CECCHERINI, Eleonora (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milán, Giuffrè, 2004.
- CIRINCIONE, Joseph, “The Greatest Threat to Us All”, *The New York Review of Books*, vol. LV, núm. 3, 6 de marzo de 2008.
- COLE, David et al., “On NSA Spying: a Letter to Congress”, *The New York Review of Books*, vol. LIII, núm. 2, 9 de febrero de 2006.
- , “The Man Behind the Torture”, *The New York Review of Books*, vol. LIV, núm. 19, 6 de diciembre de 2007.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989.

- COSSÍO, José Ramón, “La pluralidad de sentidos de las normas constitucionales, las fuerzas armadas y la seguridad pública”, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998.
- COTTROL, Robert J. *et al.*, *Brown vs. Board of Education. Caste, Culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Las críticas al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 18, diciembre de 2001.
- DAHRENDORF, Ralf, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Barcelona, Paidós, 2005.
- DIERENFIELD, Bruce J., *The Battle over School Prayer. How Engel vs. Vitale Changed America*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.
- DUGUIT, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. y presen. de Pablo Pérez Tremps, Madrid, CEC, 1996.
- DWORK, Debórah y PELT, Robert Jan van, *Holocausto. Una historia*, Madrid, Algaba Ediciones, 2004.
- DWORKIN, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Nueva York, Cambridge University Press, 1988.
- DWORKIN, Ronald, “Guantánamo y la Corte Suprema de EUA”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 146, octubre de 2004.
- , *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- ESKRIDGE, William, *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America 1861-2003*, Nueva York, Penguin, 2008.
- FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, FCE-CNDH, 1999.
- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social*, México, FCE, 2007.

- FERNÁNDEZ, Mario y THOMPSON, José, “El voto obligatorio”, en NOHLEN, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e Diritto*, Roma, núm. del tercer y cuarto trimestre de 2000.
- , “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, núm. 203, México, febrero de 2008.
- , *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , “¿Quali sono i diritti fondamentali?”, en VITALE, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000.
- , “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en CARBONELL, M. *et al.* (coords.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- , *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presen. de Miguel Carbonell, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.
- , *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, 3 ts.
- , *Democracia y garantismo*, ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002.

- FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la Exclusionary Rule estadounidense al artículo 11.1, LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.
- FINAN, Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act. A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon Press, 2007.
- FINKIELKRAUT, Alain, *La derrota del pensamiento*, 8a. ed., Barcelona, Anagrama, 2004.
- FISHER, Louis, *Military Tribunals and Presidential Power*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005.
- FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- FRIED, Charles, *Modern Liberty and the Limits of Government*, Nueva York, W. W. Norton and Company, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789, y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. III.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “La calamidad moral del holocausto”, *Nexos*, México, núm. 363, marzo de 2008.
- , “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993.
- , *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.
- GERSTMANN, Evan, *Same-Sex Marriage and the Constitution*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004.
- GIDDENS, Anthony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000.
- GÓMEZ COLOMER, José Luis, “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002.

- GÓMEZ-ROBLEDO, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 5, 2005.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús (comp.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- GREPPI, Andrea, “La respuesta a los atentados del 11-M”, *Nexos*, México, núm. 363, marzo de 2008.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- , *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HERRERO BRASAS, J. A., “Obispos, matrimonio homosexual y objeción de conciencia”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 153, junio de 2005.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Norton and Company, 1999.
- IGNATIEFF, Michael, *Isaiah Berlin. Su vida*, Madrid, Taurus, 1999.
- , *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus, 2005.
- IRONS, Peter, *A People's History of the Supreme Court*, Nueva York, Penguin Books, 2000.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y est. prel. de Adolfo Posada, est. introd. de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

- JOHNSON, John W., *Griswold vs. Connecticut. Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005.
- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KLUGER, Richard, *Simple Justice. The History of Brown vs. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.
- LAKOFF, George, *Whose Freedom?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2006.
- LAPORTA, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983.
- , *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007.
- LEVI, Primo, *Trilogía de Auschwitz*, Barcelona, El Aleph Editores, 2005.
- LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- LEWIS, Anthony, “Los papeles del Pentágono”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 153, junio de 2005.
- , *Gideon's Trumpet*, Nueva York, Vintage Books, 1989.
- , *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, SIP, 2000.
- LIPOVETSKY, Gilles, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, Barcelona, Anagrama, 2003.
- , *El crepúsculo del deber. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 2005.
- , *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*, Barcelona, Anagrama, 2007.

- LONG, Carolyn N., *Mapp vs. Ohio. Guarding against Unreasonable Searches and Seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.
- LUCAS, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- , “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en *id.* (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999.
- MACKINNON, Catharine y POSNER, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.
- MARSHALL, T. H., “Ciudadanía y clase social”, en MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.
- MATE, Reyes, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Madrid, Trotta, 2003.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997.
- MIRAVET, Pablo, “El ingreso ciudadano”, en varios autores, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- MORANGE, Jean, “Liberté”, en ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF-Lamy, 2003.
- NEWMAN, Roger K., *Hugo Black. A Biography*, Nueva York, Fordham University Press, 1994.
- NEWTON, Jim, *Justice for All. Earl Warren and the Nation he Made*, Nueva York, Riverhead Books, 2006.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.
- OVEJERO, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Paidós, 2002.

- PATEMAN, Carol, “Críticas feministas a la dicotomía público-privado”, en varios autores, *Perspectivas feministas en teoría crítica*, Barcelona, Paidós, 1996.
- PATTERSON, James, *Brown vs. Board of Education. A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III-Editorial Dykinson, 2001, t. II, vol. III.
- PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , *Una teoría de la libertad*, Madrid, Losada, 2006.
- PISARELLO, Gerardo y CABO, Antonio de (eds.), *La renta básica como nuevo derecho emergente*, Madrid, Trotta, 2006.
- POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- , *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- POWER, Samantha, *Problema infernal. Estados Unidos en la era del genocidio*, México, FCE, 2005.
- PUTNAM, Robert D., *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Madrid, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.
- REES, Laurence, *Auschwitz. Los nazis y la solución final*, Barcelona, Crítica, 2007.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “Presentación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 7, 2003.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 73, 2005.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en varios autores, *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *El derecho de la libertad*, Madrid, CEC, 1993.
- SCALIA, Antonin *et al.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, 6a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1998.
- SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, “Liberalismo trágico”, *La idiosincrasia de lo perfecto. Miradas a la política*, México, FCE, 2006.
- SINGER, Peter, *El presidente del bien y del mal. Las contradicciones éticas de George W. Bush*, Barcelona, Tusquets, 2004.
- SKINNER, Quentin, *La libertad antes del liberalismo*, México, CIDE-Taurus, 2004.
- SOYINKA, Wole, *Clima de miedo*, Barcelona, Tusquets, 2007.
- STONE, Geoffrey R., *War and Liberty. An American Dilemma: 1790 to the Present*, Nueva York, Norton and Company, 2007.
- SRACIC, Paul A., *San Antonio vs. Rodríguez and the Pursuit of Equal Education*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.
- SUCKALE, Robert *et al.*, *Los grandes maestros de la pintura occidental. Una historia del arte en 900 análisis de obras*, Madrid, Taschen, 2002.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15a. ed., México, Porrúa, 1989.

- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, México, FCE, 1998.
- , *La democracia en América*, México, FCE, 2001.
- TOSCANO, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la globalización”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- TRIBE, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York-Londres, Norton and Company, 1992.
- TROPER, Michel y JAUME, Lucien (dirs.), *1789 et L'invention de la Constitution*, París, LGDJ, 1994.
- TUSHNET, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Londres, Virginia University Press, 1993.
- (ed.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Durham, Duke University Press, 2005.
- VARIOS AUTORES, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, París, Economica, 1993.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, FCE, 2004.
- VITALE, Ermanno, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006.
- WACHSMANN, Patrick, “Déclaration des droits de l'homme et du citoyen”, en ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2008.
- ZAKARIA, Fareed, *El futuro de la libertad*, Madrid, Taurus, 2003.
- ZOLO, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, Paidós, núm. 3, 1997.
- , “La strategia della cittadinanza”, en *id.* (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.

DOCTOR

en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; investigador y coordinador del Área de Derecho Constitucional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional, nivel III, del Sistema Nacional de Investigadores; miembro del Consejo Consultivo de la CNDH y de la Junta de Gobierno del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Autor de 26 libros y coordinador o compilador de 35 obras; ha publicado más de 320 artículos en revistas especializadas y obras colectivas de México, España, Italia, Inglaterra, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Chile, República Dominicana y Uruguay; ha dictado más de 500 cursos y conferencias en México y otros países. Además, ha participado en la coordinación académica de las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica, tales como la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (5 tomos), la *Enciclopedia jurídica mexicana* (15 tomos), la *Enciclopedia jurídica latino-americana* (10 tomos) y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones* (25 tomos).



**S**obre la libertad se han escrito centenares, acaso miles, de libros y artículos. El objetivo de esta nueva aportación no es hacer un repaso de la literatura existente sobre el tema, sino proporcionar un marco de análisis básico, para que seamos capaces de comprender algunos de los problemas y los retos que la libertad debe enfrentar en un mundo como el que tenemos en los primeros años del siglo XXI, un mundo en donde aparentemente todo es fugitivo, y cuyos moldes parecen reescribirse cada día, cuando asoma en el horizonte una nueva meta qué conquistar, un reto qué enfrentar, un desafío qué derrotar.

El autor propone una serie de temas de gran actualidad, así como sus correspondientes reflexiones, las cuales nos aseguran que seguiremos siendo libres en el futuro o que lo seremos en mayor grado del que disfrutamos en nuestros días.

Carbonell emprende, con este libro, un nuevo *tour de forcé* en torno a los conceptos básicos del Estado constitucional y de las sociedades contemporáneas. Una obra plena de sentido común y de propuestas de futuro.

