



49

Libertad y derechos fundamentales

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Marzo de 2004

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2004, 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. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Libertad como no esclavitud y como no sujeción al poder	1
III. Libertad negativa y libertad positiva.....	2
IV. Libertad negativa	4
V. Libertad positiva	6
VI. Libertad y derechos fundamentales	8
VII. Las amenazas a la libertad.....	12
VIII. Bibliografía	14

I. INTRODUCCIÓN

Definir el concepto de libertad es una de las tareas más complejas del conjunto de las ciencias sociales. Su estudio se puede hacer, con los distintos matices metodológicos, en cada una de ellas, ya que supone un presupuesto necesario para todas.

Tal como sucede con otros términos que son empleados en el lenguaje político, ha sido frecuente en la historia reciente que el concepto de libertad se haya utilizado para tratar de justificar un determinado régimen, aprovechando su carácter marcadamente emotivo. Así por ejemplo, regímenes dictatoriales se han presentado como “liberadores” de su pueblo. La anulación de las libertades en los regímenes comunistas era justificada diciendo que en realidad eran los consumidores capitalistas los que no eran libres, ya que estaban sujetos a la dictadura del mercado.

Quizá previendo lo anterior, Montesquieu ya advertía en *El espíritu de las leyes* que “No hay una palabra que haya recibido significaciones tan diferentes y que haya conmocionado los espíritus de tantas maneras como la palabra *libertad*”; el propio Montesquieu señalaba también el muy distinto entendimiento que ya desde hace siglos se hace de la libertad:

Unos la consideran como la facultad de deponer a quien han dado un poder tiránico; otros como la facultad de elegir a quién deben obedecer; otros como el derecho a ir armados y poder ejercer la violencia; otros como el privilegio de no ser gobernados sino por un hombre de su nación o por sus propias leyes. Hace tiempo cierto pueblo hizo consistir la libertad en el uso de llevar una larga barba. Unos han adjudicado ese nombre a una forma de gobierno y han excluido de él a las demás. Los que gustaban del gobierno republicano la han asociado con ese gobierno; los que disfrutaban del gobierno monárquico la han situado en la monarquía. En fin, cada cual ha llamado libertad al gobierno que se ajustaba a sus costumbres o a sus inclinaciones.

Libertad e igualdad son dos conceptos que están unidos desde varios puntos de vista y, en cierta medida, dependen el uno del otro para poder realizarse en la práctica. La libertad cobra sentido cuando es reconocida a todos por igual; obviamente el reconocimiento de la libertad en condiciones de igualdad no genera, por sí mismo y de forma automática, un igual ejercicio de la libertad por cada persona; el ejercicio de las libertades depende también de los medios con que cuenta cada persona para realizarlo. De la misma manera, la igualdad tiene sentido cuando se acompaña con la libertad; ¿para qué nos serviría tener escrito en la Constitución que todos somos iguales si luego no podemos elegir nuestros propios planes de vida, si no se nos permite desplazarnos por el territorio de un Estado o si no podemos expresar públicamente nuestras opiniones? Por tanto, libertad e igualdad son dos términos que en la práctica del Estado constitucional se autoimplican, puesto que cada uno de ellos es necesario para que se realice el otro.

II. LIBERTAD COMO NO ESCLAVITUD Y COMO NO SUJECCIÓN AL PODER

Comenzando con el análisis del concepto de libertad, se puede afirmar que intuitivamente la libertad se refiere a un estado personal contrario a la esclavitud; es decir, una persona es consi-

* Este texto forma parte de un estudio más amplio sobre los derechos fundamentales en la Constitución mexicana que será publicado próximamente por el IJJ-UNAM y la CNDH. Agradezco a Diego Valadés y a José Luis Soberanes su apoyo incondicional para la realización de la obra.

derada libre siempre que no sea un esclavo. También se puede distinguir entre quienes son libres y quienes son ya no 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. 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”.

En una segunda aproximación, se puede decir que la libertad se puede oponer al concepto de poder (Ferrajoli). 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. Si alguien puede ejercer cualquier tipo de poder sobre nuestra persona, entonces podemos decir que no somos completamente libres.

III. LIBERTAD NEGATIVA Y LIBERTAD POSITIVA

La mayor parte de los análisis teóricos están 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 á celle des modernes* y que luego fueron retomadas por Isaiah Berlin a mediados del siglo XX.

En su famosa conferencia, Constant distingue la libertad de los modernos de la libertad de los antiguos. Para los modernos la libertad sería:

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 sus 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 simplemente 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,

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”.

Lo 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 hoy en día 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 hoy en día 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 afro-americanas 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.

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”; 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”.

¿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 defendidos y que sin embargo no tiene tiempo de defenderlos siempre por sí misma”.

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 reservaran “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”.

Para nuestra exposición, interesa el concepto de “libertad de los modernos” de Constant, ya que es la base para que primero Berlin y luego otros importantes teóricos construyan a su vez el concepto de “libertad negativa”.

Conviene señalar desde el principio que la calificación de negativa y positiva que se aplica al término libertad no tiene un significado axiológico, sino simplemente lógico, es decir, no es que el primer tipo de libertad sea indeseable o perjudicial y el segundo deseable y benéfico, sino que se denominan de esa forma por virtud de su contenido, como veremos enseguida.

IV. LIBERTAD NEGATIVA

La libertad negativa se puede definir, en palabras de Norberto Bobbio, 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”. 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. Isaiah Berlin se refiere a la libertad negativa con las siguientes palabras: “Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un 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”.

La libertad negativa puede ser pre-jurídica 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 libres de cualquier interferencia.

La figura deóntica que identifica a la libertad negativa dentro de un ordenamiento jurídico es la permisión; 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 una 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”.

A lo primero (“cuando no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo”) lo hemos llamado “libertad pre-jurídica”, 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; lo segundo (“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”) nos interesa mucho ya que ese tipo de normas son las que contienen justamente a los derechos fundamentales de libertad; su redacción puede ser variable, ya que puede 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”).

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 pre-jurídica, 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.

Como recuerda Bobbio, 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 no prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. Con respecto de ellas se dice que cada una 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*).

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 sometida 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 salvaguarda 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).

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).

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

V. LIBERTAD POSITIVA

Por su parte, la libertad positiva puede definirse de acuerdo con Bobbio 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”. 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 (Laporta).

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 dice Bobbio, “La libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad”; 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’”.

Aunque la distinción entre ambos tipos de libertad 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 (Laporta). 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.

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 auto-determinación, y es ejercida por colectividades sociales como las naciones, entidades federativas, minorías étnicas, etcétera. Una y otra expresión 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. Bovero lo explica como sigue:

...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 decisorial político, o sea, en aquel proceso que culmina con la asunción de las decisiones colectivas. En ello consiste la que debería llamarse *libertad democrática*, y que coincide con la atribución de los derechos políticos a todos los miembros (adultos) de la colectividad. En razón de dicha atri-

bución, 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 neorrepublicanas, que sostienen la necesidad de entender a la libertad como un estado de no-dominación (Pettit). De hecho, para dichas teorías, la distinción entre libertad negativa y libertad positiva tendría que ser superada para alcanzar un concepto intermedio entre las dos 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 importante para preservar la libertad, asegura el mismo autor, es proteger a la persona de la dominación.

De la mano con 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; 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”. Eso se lograría, según este autor, por ejemplo a través de la asignación universal de un ingreso mínimo garantizado. Se trata de lo que se suele conocer como el derecho a la “renta básica”.

Como señala Francisco J. Laporta,

La situación de extrema 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 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 produce 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, contrariamente a lo que sucedía en otros tiempos en 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 un juguete bonito pero inútil para llevar a cabo nuestros objetivos. Para este autor, corresponde a la teoría desarrollar una serie de esquemas 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 Acapulco con su familia, puesto que nadie le puede impedir que se desplace hasta ese puerto. ¿Cómo hará uso esa persona de la libertad de tránsito? ¿le diremos que, en el peor de los casos, puede ir y regresar caminando (son casi 600 kilómetros de ida y otros tantos de regreso)? ¿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 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.

VI. LIBERTAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

De todo lo anterior derivan varias cuestiones concretas que pueden ser útiles para analizar y comprender los derechos fundamentales de libertad. Para empezar, se puede decir que los derechos de libertad (utilizando el concepto de libertad negativa) generan ámbitos de inmunidad en favor de los individuos, que no pueden ser traspasados por el Estado; es decir, los derechos de libertad se constituyen como límites negativos (de no hacer) para los poderes públicos, que están obligados a no interferir en las conductas amparadas en esos derechos. Algunos autores llaman a este tipo de derechos “derechos-defensa”, ya que permiten al individuo defenderse de intromisiones en su conducta.

Los “derechos-defensa” pueden dividirse, según Alexy, en tres grupos diferentes. El primero de ellos está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular del derecho. El segundo grupo se integra por los derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades* o *situaciones* del titular del derecho. El tercer grupo comprende derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del sujeto del derecho.

Teniendo presente este triple significado de los derechos-defensa es como mejor se puede proteger la libertad. La ventaja de la exposición de Alexy es que nos hace ver la complejidad del sistema de los derechos de libertad. Si reducimos esos derechos a una simple obligación negativa de no interferencia por el Estado, es seguro que no podremos asegurar de la mejor forma posible muchas libertades reconocidas en todos los Estados democráticos. Así por ejemplo, si el Estado deroga las normas que reconocen la personalidad jurídica de las empresas, estaremos imposibilitados para ejercer una parte importante de la libertad de asociación; de la misma forma, si el Estado deroga las normas que contemplan las formalidades para contraer matrimonio no podrán alcanzarse los objetivos que algunas personas pretenden lograr al celebrar con las solemnidades del caso un contrato para dar efectos jurídicos a sus vínculos afectivos.

También podríamos decir que existe en general un *principio de libertad* conforme al cual cualquier ámbito exento de regulación está permitido para los particulares; en otras palabras, en

todo aquello en lo que no existan reglas se entiende que las personas pueden conducirse como lo prefieran. Este principio es exactamente opuesto al que rige para las autoridades y órganos públicos, ya que en su caso solamente pueden actuar cuando una norma del sistema jurídico se los permite (en esto reside el significado del principio de legalidad).

Ahora bien, si la libertad es un derecho fundamental (concretizada en los diversos derechos de libertad que establecen la Constitución mexicana y los tratados internacionales de derechos humanos), entonces debe ser capaz de poder hacerse valer, con los matices que sean necesarios, frente a todos, no solamente frente a los poderes públicos; de lo anterior deriva la necesidad de que el Estado asegure la libertad también frente a los particulares.

Por otro lado, no basta que la libertad tutelada constitucionalmente se limite a remover los límites o constricciones que pueden afectar a la libre realización de la conducta entendida como libertad negativa, sino que es necesario también que la persona pueda estar ajena a las diversas formas de sujeción que existen actualmente, de forma que sea capaz de desarrollar sus planes de vida de manera autónoma; es decir, se requiere también la tutela de la libertad positiva.

Para lograr la tutela de la libertad positiva, o en otras palabras, para permitir ejercer plenamente la autonomía personal, los Estados democráticos modernos asumen una serie de tareas que les permitan a las personas contar con los elementos necesarios para desarrollar sus planes de vida. Para poder desarrollar cualquier plan de vida (casi con independencia del contenido concreto de ese plan) todos necesitamos tener unas mínimas condiciones de salud; en consecuencia, el Estado asume la creación y administración de un sistema de salud pública para que cualquier persona, con independencia de que tenga o no ingresos económicos o del lugar en donde viva del territorio nacional, pueda recibir atención médica en caso de necesitarla y de esa manera continuar con el desarrollo de su vida. De la misma forma, todo plan de vida que nos queramos proponer requiere que contemos con un mínimo de conocimientos elementales sobre nosotros mismos y sobre el mundo que nos rodea; para lograr esos conocimientos, el Estado instrumenta un sistema de educación pública de forma que todas las personas, sin importar su situación social, puedan contar con los elementos necesarios para realizar sus propias aspiraciones, sean las que sean.

Para ilustrar la importancia de contar con la información suficiente para poder ejercer la libertad se puede acudir a un ejemplo puesto por Locke y recordado por Rosenkrantz: una persona dejada dentro de una celda que está convencida de que todas las salidas están clausuradas, cuando hay una que no lo está, puede decirse que es “libre” de dejar la celda, pero dado la información con la que cuenta en realidad no es autónoma para hacerlo; dicha autonomía se vería reforzada si un tercero pudiera explicarle que a) no debe aceptar como algo dado e irrefutable que todas las salidas están clausuradas; o b) incluso si la persona encerrada sabe que todas las salidas están clausuradas porque esa es la información con la que cuenta, no estaría de más que verificara por sí misma que en efecto lo están, sin creer en que la información que tiene es verdadera *prima facie*.

A partir de lo anterior podemos entender la íntima dependencia que existe entre todos los derechos fundamentales. Lejos de lo que tradicionalmente se había planteado por la mayor parte de los teóricos, no hay una separación tajante entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Como acabamos de ver, la realización de la libertad a través del ejercicio de la autonomía personal requiere del establecimiento y puesta en práctica de los derechos sociales (educación,

salud, vivienda, trabajo, medio ambiente, tutela de los más débiles, etcétera). Aunque la mayor parte de los derechos sociales tienen un valor y una justificación autónoma, todos pueden ser entendidos además como *instrumentos* al servicio de la libertad, en la medida en que potencian su goce efectivo.

Intentando resumir lo que hemos visto en los apartados anteriores podemos decir que el término “libertad” comprende varias ideas distintas; significa, por un lado, “ausencia de impedimentos”; también significa “participación en la toma de decisiones que nos afectan” (en esto consiste la participación democrática o incluso la autodeterminación de los pueblos); finalmente, la libertad es también “capacidad” para realizar nuestros planes de vida, entendiendo por capacidad la posibilidad *real* de ser libres, contando con los medios necesarios para ellos (la “libertad real” a la que se refieren autores como Van Parijs).

Ahora bien, cuando se quiere ir construyendo un sistema jurídico que asegure la convivencia social pacífica, se deben ir decidiendo una serie de normas que suponen limitaciones a la libertad de los integrantes de una sociedad. Se debe decidir qué conductas deben regularse, ya sea que estén permitidas (asegurando de esa forma su potencial realización), o que estén prohibidas (evitando en consecuencia que se lleven a cabo). ¿Cómo podemos llevar a cabo esa tarea?, es decir, ¿cómo saber qué conductas debemos permitir y cuáles debemos prohibir? Esta es una de las preguntas más importantes que tuvieron que ser contestadas al momento de construir las modernas sociedades liberales.

Para el liberalismo, la autonomía de la persona entendida como valor social no puede permitir que el Estado determine cuáles son las formas de vida que merecen la pena y cuáles no (Nino). Pero, ¿lo anterior significa que el Estado debe respetar *cualquier* plan de vida? Incluso los ultra-liberales aceptan que el Estado puede limitar la libertad tomando en cuenta el principio de daño: somos libres para llevar a cabo una conducta siempre que esa conducta no dañe a los demás; el principio de daño, sin embargo, 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 el principio de daño se ha aplicado de muy diferentes maneras (en muchos casos de forma claramente atentatoria de la libertad, desde mi punto de vista) en países democráticos.

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 *Bowers vs. Hardwick*). Todavía en la actualidad existen leyes estatales en Estados Unidos que castigan con penas de prisión las relaciones sexuales por vía anal. 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. 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.

Para algunos autores, la tarea del sistema constitucional de derechos fundamentales es, en términos generales, proteger la libertad siempre que esa libertad no cause daño a otros, lo cual no implica que el Estado no pueda regular ciertos ámbitos que se consideran como más positivos que otros. Las decisiones al respecto 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.

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). 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”.

También existe un cierto consenso en que las actividades que científicamente se ha probado que atentan contra la salud de las personas, sino 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 defiende que se grave la realización del ejercicio físico. 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. Con este tipo de medidas el Estado asume una función que algunos autores denominan “paternalista”.

¿Cómo se justifican las medidas “paternalistas”? 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:

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. 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).

Una tercera forma de paternalismo justificado, de acuerdo con Nino, se produce en el ámbito laboral y económico. 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” (Garzón Valdés), 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). Nino justifica la imposición paternalista del voto obligatorio afirmando que

...puede ocurrir que una parte de la ciudadanía entre en una dinámica de interacción auto-frustrante 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 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.

Hay algunas cuestiones que podrían ser más discutidas; 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 destacados teóricos del derecho sobre el papel que el Estado debe tener frente al arte.

VII. LAS AMENAZAS A 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 (Barberis). 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”.

Tradicionalmente, los condicionantes de la libertad han sido como lo explica Bobbio de tres tipos: un condicionante psicológico, que ha actuado sobre las ideas, los ideales y las concepciones del mundo; un condicionante 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; contra la segunda a través de la promoción –por desgracia, solamente en algunos países- de mínimos vitales 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 de su ejercicio, tanto si se trata de poder público como de 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 (como las que tienen que ver con los avances tecnológicos), como a las más antiguas y tradicionales. Por lamentable que parezca, hoy en día 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”.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3a. reimp., Madrid, CEPC, 2002.
- ARENDT, Hannah, “¿Qué es la libertad?”, *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios de reflexión política*, Barcelona, Península, 2003.
- BARBERIS, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de filosofía del derecho*, t. XVIII, Madrid, 2001.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- , “Kant y las dos libertades” en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, CNDH, 2004.
- , *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.
- , “Renta básica” en *Enciclopedia jurídica mexicana. Anuario 2003*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- CONSTANT, Benjamin, *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e diritto*, Roma, número correspondiente al tercer y cuarto trimestre del 2000.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton, 2000.
- LAPORTA, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, número 52, Madrid, 1983.
- NINO, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional” en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992.
- PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

ROSENKRANTZ, Carlos F., “El valor de la autonomía” en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992.

VAN PARIJS, Philippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.