

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.²⁹⁴ 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-

²⁹⁴ 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.²⁹⁵ 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.

²⁹⁵ 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?²⁹⁶

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

²⁹⁶ *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.²⁹⁷

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),²⁹⁸ 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),²⁹⁹ de libertad religiosa (caso *Engel vs. Vitale* de 1962),³⁰⁰ de asistencia letrada gratuita (caso *Gideon vs. Wainwright* de 1963),³⁰¹ de libertad de prensa (*New York Times vs. Sullivan* de 1964),³⁰² de derechos de los detenidos (*Miranda vs. Arizona* de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ 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.

²⁹⁹ Long, Carolyn N., *Mapp vs. Ohio. Guarding against Unreasonable Searches and Seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

³⁰⁰ Dierenfield, Bruce J., *The Battle over School Prayer. How Engel vs. Vitale Changed America*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

³⁰¹ Lewis, Anthony, *Gideon's Trumpet*, Nueva York, Vintage Books, 1989.

³⁰² 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).³⁰³

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

³⁰³ 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 matrimoniales 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.³⁰⁴

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

³⁰⁴ 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.³⁰⁵

¿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

³⁰⁵ *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.³⁰⁶ 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.³⁰⁷

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).

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 144.

³⁰⁷ 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.³⁰⁸ 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

³⁰⁸ 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?³⁰⁹ 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”.³¹⁰

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-

³⁰⁹ Holmes y Sunstein, *The Cost of Rights...*, *cit.*, nota 135, p. 151.

³¹⁰ 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.³¹¹

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”.³¹²

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-

³¹¹ *Ibidem*, p. 11.

³¹² *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.