

## Clarificación de términos

**L**a expresión “derechos humanos” —según M. Atienza— padece el mismo mal que el término “derecho”, pues es ambigua en varios sentidos, dependiendo del contexto normativo en que se use: a nivel de derecho positivo, en relación con la moral o en el contexto internacional. Por ejemplo, dice el autor, para evitar la ambigüedad que se da al emplear los términos ‘derechos morales’ y ‘derechos jurídicos’, es frecuente utilizar la expresión “derechos fundamentales” para referirnos a los derechos humanos incorporados a un determinado derecho positivo, y emplear “derechos humanos” cuando se hace abstracción de esa circunstancia.<sup>1</sup> Por lo tanto, es recomendable tener mucho cuidado en clarificar los términos que se usan para expresar una realidad porque, afirma el doctor Escalona:

jugar con expresiones ambiguas en el mundo del derecho es peligroso, porque conduce al desorden y a la anarquía [...] En nuestros días las dos expresiones más empleadas son *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. La expresión “derechos fundamentales” tiene un ámbito significativo

<sup>1</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2004, p. 209.

más preciso y restringido que la expresión “derechos humanos”. Es posible enumerar los derechos fundamentales de los que disponen los ciudadanos sujetos a un determinado ordenamiento jurídico; por el contrario, no es posible elaborar un catálogo completo de los derechos humanos de aceptación universal, ya que para algunos tal catálogo sería demasiado escaso y para otros demasiado extenso.<sup>2</sup>

Los *derechos fundamentales* implican juridicidad; los *derechos humanos*, moralidad.<sup>3</sup> Decir que determinado derecho es fundamental —argumenta Ferrajoli— quiere decir que <<todos>> son igualmente titulares del mismo.<sup>4</sup>

Alasdair MacIntyre, al referirse a los derechos humanos, entiende por tales aquellos derechos que se dicen pertenecientes al ser humano como tal y que se mencionan como razón para postular que la gente no debe interferir con ellos en su búsqueda de la vida, la libertad y la felicidad. Son los derechos que en el siglo XVIII fueron proclamados derechos naturales o derechos del hombre. La expresión ‘derechos humanos’ es ahora más corriente que cualquier otra expresión dieciochesca.<sup>5</sup>

Con la formación de los modernos Estados constitucionales ocurre que el derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia que antes formaban parte sólo de la moralidad. Todos estos principios, formulados por la doctrina iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII bajo la forma de derechos o derechos naturales —opina Prieto Sanchís— han sido hoy consagrados en las modernas Constituciones bajo la forma de principios normativos fundamentales; pensemos, por ejemplo, en los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, en la afirmación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, en todo el conjunto

<sup>2</sup> “La naturaleza de los derechos humanos”, en S. Y. Gómez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, CNDH-UNED, México, 2004, p.p. 155-156.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>4</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2001, p. 81.

<sup>5</sup> MacIntyre, A., *Tras la virtud*, trad. Amelia Valcárcel, Editorial Crítica, Barcelona, 1987, p. 95.

de derechos fundamentales, etc. El resultado de este proceso de positivación del derecho natural ha sido una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico o, en otra terminología, entre el juicio de justicia y el juicio de validez.<sup>6</sup> De este cambio y avance político-jurídico se desprende que hoy día podemos hablar no sólo de derechos fundamentales, sino también de derechos constitucionales. Sin embargo, la codificación jurídica de los derechos tiene poco significado —anota S. Holmes— cuando las autoridades políticas carecen del poder de hacerlos cumplir. En consecuencia, una constitución que no organiza el gobierno efectivo fracasará completamente en la protección de los derechos. Ésta ha sido una lección que costó aprender a los defensores de los derechos humanos que dedicaron su carrera a la campaña militante contra el Estado todopoderoso. Para que existan los derechos en la práctica, no necesitamos un Estado policía terrorista, pero sí necesitamos algún tipo de Estado.<sup>7</sup>

85

En apoyo de la idea anterior, Niceto Blázquez escribe:

todo ser humano es, por naturaleza social, es decir, indigente de la ayuda de sus semejantes, sin la cual no puede por sí solo subsistir ni realizarse. De esta necesidad nace el Estado como mecanismo natural de defensa. Por consiguiente, al Estado compete administrar la justicia de suerte que los derechos naturales del individuo a la vida, a la verdad, al amor, a la libertad y todos sus derivados estén suficientemente garantizados mediante la aplicación de sanciones justas y proporcionadas, si fuere necesario, según la gravedad de los delitos.<sup>8</sup>

Dicha tarea la podrá llevar a cabo en plenitud, si ese Estado es Estado democrático, porque la democracia es el ambiente sociopolítico más adecuado para que puedan florecer los derechos humanos. A contrario sensu, el proceso democrático —indica Francisco Laporta— necesita para autolegitimarse de la invocación y reconocimiento de exigencias morales de la igualdad

<sup>6</sup> Op. cit., p. 99.

<sup>7</sup> Op. cit., p. 146.

<sup>8</sup> Blázquez; N., *Los derechos del hombre*, BAC Popular, Madrid, 1980, p. 32.

básica y autonomía individual. Y son estas exigencias éticas, articuladas y expresadas como *derechos* —señala el mismo autor— las que constituyen a su vez el núcleo justificatorio de esos catálogos de derechos fundamentales que se han extendido y popularizado con el nombre de *derechos humanos* o *derechos del hombre*.<sup>9</sup>

En otras palabras, lo que sí es importante y necesario es que los derechos subjetivos no sólo deben estar justificados, esto es, no sólo requieren un soporte normativo explícito en un ordenamiento jurídico positivo o en otro tipo de normas, sino que además de justificados, requieren ser identificados como tales, esto es, reconocidos y declarados judicialmente cada vez que su titular no haya sido satisfecho en la pretensión a que el derecho en discusión da lugar. Y un derecho subjetivo se encuentra realmente protegido —afirma A. Esquella— sólo cuando el ordenamiento jurídico respectivo, además de declararlo como tal, provee los medios aptos para prevenir en lo posible la violación de la norma que lo instituye, y señala, asimismo, las consecuencias que deberán seguirse en caso de que la violación se haya producido.<sup>10</sup>

## Fundamento de los derechos humanos

¿Por qué fundamento? ¿Qué significa fundamentar? En este caso, ¿en qué consiste, qué significa buscar el fundamento de los derechos humanos? De forma muy escueta y directa diremos que significa dar, aportar razones y argumentos para su reconocimiento por parte del derecho positivo y del Estado; y además, llegar a saber cuál es su soporte, su base. Si bien, en un primer momento, ha dicho N. Bobbio que el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, como el de *protegerlos*.

<sup>9</sup> Laporta, J. F., *Entre el derecho y la moral*, Distribuciones Fontamara, México, 1995, p. 83.

<sup>10</sup> “Democracia y derecho”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p.517.

gerlos, que es por tanto un problema no filosófico ni jurídico, sino político;<sup>11</sup> al mismo tiempo señala que no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que pese a las declaraciones solemnes resulten continuamente violados.<sup>12</sup> Más adelante, manifiesta su preocupación respecto de cómo llevar a cabo esa protección, es decir, su realización. Y señala que es un problema cuya solución depende de un cierto desarrollo de la sociedad, y como tal desafía incluso a la Constitución más progresista y hace entrar en crisis hasta el más perfecto mecanismo de garantía jurídica.<sup>13</sup> Para Kelsen, incluso, los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo. Aún más, “mientras un derecho no ha sido garantizado por el orden jurídico no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico. Ello significa que el derecho objetivo y los subjetivos existen de forma concomitante”.<sup>14</sup>

87

No obstante que el planteamiento de Bobbio es muy claro, por otro lado deja ver que sí le preocupa dicha fundamentación; lo expone de esta manera: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede considerarse humanamente fundamentado y por tanto reconocido; dicha prueba es el consenso general sobre su validez.<sup>15</sup> Pero no acepta que haya derechos fundamentales, ni que se pueda encontrar un fundamento absoluto.<sup>16</sup> En la cara opuesta se encuentra L. Ferrajoli, para quien no sólo existen derechos fundamentales, sino que éstos son también universales.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 2000, p.128.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>14</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Márquez, UNAM, México, 1995, p. 93.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.p. 122 y 127.

<sup>17</sup> Cfr. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, p.p. 42-43.

Respecto a la universalidad, Boaventura de Sousa Santos opina que en la era actual de la globalización, mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales, tenderán a funcionar como localismos globalizados, como algo propio de Occidente. Pero para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales. El multiculturalismo es una precondición para una relación equilibrada y mutuamente reforzante entre la competencia global y la legitimidad local.<sup>18</sup>

Por otra parte, como hemos dicho en algún lugar, los derechos humanos no son universales en su aplicación, porque aunque aparezcan como una referencia obligada en casi todos los textos constitucionales de la hora presente, esto no debe interpretarse —observa Pérez Luño— como una prueba irrefutable de su efectiva realización.<sup>19</sup> A través de un consenso, se han llegado a identificar cuatro regímenes internacionales de derechos humanos en el mundo actual: el régimen europeo, el interamericano, el africano y el asiático. Esta diversidad de sistemas refuerza el debate sobre los derechos humanos, en el sentido de si los mismos son un concepto universal o más bien un concepto occidental, si son universalmente válidos o no, lo cual, aunque no lo queramos, repercute en el fundamento de los mismos.

Quizá N. Bobbio tenga razón al indicar que la verdadera preocupación sobre los derechos humanos sea su protección; porque es cierto que de todos los modos y en todos los tiempos y lugares se habla de continuas violaciones a los mismos. Lo que L. Ferrajoli traduce en los términos siguientes: “Más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”.<sup>20</sup> Sin embargo, discrepo en cuanto a su criterio de fundamentación: el consenso. Porque, pasando el tiempo, el acuerdo y el consenso pueden cambiar; porque pueden surgir de circunstancias, situaciones o factores diferentes a lo que antes se vivió,

<sup>18</sup> Sousa Santos, B. de, *op. cit.*, p. 513.

<sup>19</sup> Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8<sup>a</sup> edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 132.

<sup>20</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 59.

que entre otras cosas contribuirán para que los hombres piensen de otra manera y decidan de distinta forma. Al respecto, J. Rawls escribe con mucho acierto, y se expresa de esta manera: “Los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar”.<sup>21</sup> Por lo mismo, sostengo con Truyol y Serra que “los derechos humanos son anteriores a cualquier pacto social o consenso entre los Estados; y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.<sup>22</sup>

La sociedad, o dígase el Estado —escribe R. Jolivet—, solamente posee dignidad y valor como instrumento de los valores personales. Vale por el hombre, a cuyos fines sirve, y no el hombre por ella. El hombre debe ser pensado como *persona*, es decir, como trascendiendo a la vez la sociedad y la historia, si no se reduciría siempre a una pura individualidad económica, a un átomo sin valor espiritual y finalmente a una abstracción.<sup>23</sup>

89

Por las razones anteriores, no está por demás, no sobra, el que intentemos hablar desde otra perspectiva sobre aquello que pensamos que ciertamente está en la base, y es el fundamento de los derechos humanos, que está marcado con la característica de ser permanente y constante, y muy difícil, por no decir imposible, que pueda cambiar. Respecto de lo cual, piensa Garzón Valdés que “si se acepta el principio de la dignidad humana y se añade el de autonomía y el de inviolabilidad de la persona, sería posible dar una fundamentación racional completa de los derechos humanos dentro del marco de un discurso moral”.<sup>24</sup> En la misma línea se encuentra Squella Narducci al escribir que la dignidad de la persona parece ser el presupuesto, si no el fundamento mismo, de los llamados derechos humanos; o, cuando menos,

<sup>21</sup> Rawls, J., *Theory of justice*, The Belknap Press of Harvard, University Press, Cambridge, Massachusetts, 2003, p. 4.

<sup>22</sup> Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 11.

<sup>23</sup> Jolivet, R., *El hombre metafísico*, trad. L. Medrano, Editorial Casa I Val, Andorra, 1959, p. 135.

<sup>24</sup> “Derecho y moral”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 418.

los derechos del hombre son una manera, sólo relativamente eficaz pero a la vez ampliamente compartida, que los hombres han establecido para concretizar exigencias que provienen de la idea de su propia dignidad. De esa manera, los derechos humanos se muestran hoy como la expresión de cierto consenso universal básico acerca de las exigencias que derivan de la dignidad de la persona, como una cierta ideología común, compartida, mínima, sólo a partir de la cual podrían ser vistas como legítimas las diferencias que en cuanto remedio para los males del mundo y del hombre proponen las distintas ideologías.<sup>25</sup>

Pérez Luño, una vez que ha analizado las posturas objetivista y subjetivista en relación con la fundamentación de los derechos humanos, opta por la tesis intersubjetivista, a través de la cual cifra la fundamentación de los derechos humanos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Esas necesidades, en cuanto datos, social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológico-materiales. El sistema de valores o preferencias, conscientes básicos, debe servir, en suma, para maximizar y optimizar la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y cada uno de los miembros de la especie humana. Existe, por lo tanto, un condicionamiento mutuo, o si se quiere una reciprocidad circular entre el método y el objeto de la fundamentación de los derechos humanos propuesta. Porque se parte de que el consenso racional sobre los derechos humanos tiene que surgir de la experiencia de las necesidades, y volver nuevamente a la experiencia para ilustrar, esto es, para hacer plenamente conscientes estas necesidades.<sup>26</sup>

Al respecto, Dworkin señala que entre todos los derechos, hay un derecho humano fundamental que es el derecho a ser tratado con una determinada actitud, una actitud que exprese el reconocimiento de que toda persona

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p.p. 95-96.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 182.

es un ser humano cuya dignidad importa. El derecho humano más básico de una persona, del cual se derivan todos los otros derechos humanos, es el derecho a ser tratado por aquellos que detentan el poder de una forma coherente con el reconocimiento de que la vida de esa persona tiene importancia intrínseca y de que ésta es personalmente responsable de hacer realidad el valor de su vida.<sup>27</sup> Sin embargo, ningún derecho puede ser absoluto, hay siempre circunstancias en las que un gobierno puede justificadamente limitarlos o ignorarlos.<sup>28</sup> Para Zagrebelsky, las nociones de dignidad humana y persona humana son el eje sobre el que gira toda la concepción actual del derecho y de los derechos humanos; pero al mismo tiempo, esas nociones son para él sólo una contribución particular del iusnaturalismo cristiano-católico en un proyecto político-constitucional más amplio.<sup>29</sup>

De la idea de dignidad que toda persona tiene por el simple hecho de ser persona, deriva, en palabras de Victoria Camps, el valor del respeto. Sea como sea y venga de donde venga, nos guste o no, cualquier individuo es digno del mismo respeto. Podremos discutir sobre lo que alguien hace o dice, podremos criticarle más o menos, pero sin faltarle al respeto. La falta de respeto es falta de reconocimiento e indiferencia.<sup>30</sup> Pero el respeto ha de practicarse, en particular, en nuestra sociedad en forma recíproca, sobre todo, desde algunos años para acá, cuando se ha agudizado el fenómeno de la inmigración. Hoy más que nunca es necesario regresar a las palabras de Kant, cuando atribuye a la persona una dignidad en el sentido de “un valor que no tiene precio”.<sup>31</sup> Lo que quiere decir que todas las personas tienen derecho a ser respetadas, pero también la obligación de respetar a las demás. De modo que si los derechos tienen sentido —dice Dworkin—, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que

91

<sup>27</sup> Dworkin, R., *La democracia posible...*, p. 54.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 69.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 67.

<sup>30</sup> Camps, V., *Creer en la educación*, Ediciones Península, Barcelona, 2008, p.p.145-146.

<sup>31</sup> Kant, E., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, p. 48.

significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres.<sup>32</sup>

Mauricio Beuchot es del parecer que la idea de naturaleza humana es defensible en la actualidad como fundamento último de los derechos humanos, aunque algunos la han eludido por preferir fundamentarlos en la dignidad del hombre o en las necesidades humanas básicas; pero, si hay tal dignidad y tales necesidades, lo que ellas están denotando es que hay una naturaleza humana a la que responden, de la que brotan.<sup>33</sup> En consecuencia, sostiene que el tratar de fundamentar los derechos humanos en las necesidades del hombre, o fundamentarlos en la dignidad del hombre, todo ello se reduce en definitiva a fundamentarlos pragmáticamente en la misma naturaleza humana que es de hecho su fundamentación ontológica.<sup>34</sup>

92

Me parece muy bien y estoy de acuerdo con Mauricio Beuchot en buscar una fundamentación ontológica de los derechos humanos; que para él es la naturaleza humana, y para mí es la dignidad humana, porque el hombre al poseer esos derechos, que le son inherentes merece que se le respeten, sólo por ser lo que es: persona, ser humano. Pienso que hablamos de lo mismo porque las dos realidades se exigen: si preguntamos por la naturaleza de algo, es preguntar qué es ese algo o ese alguien; y si preguntamos ¿por qué el ser humano tiene dignidad, o por qué es digno? La respuesta es la misma: por lo que es, por ser persona, ser humano, con dignidad ontológica. Por ello merece que se respeten sus derechos. Razón por la cual cito a Javier Hervada, quien sostiene: En la dignidad del hombre se contiene el fundamento de todo derecho, de manera que fuera del respeto a lo que el hombre es y representa no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstas tengan forma de ley.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 295.

<sup>33</sup> Beuchot, M., *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Distribuciones Fontamara, México, 2004, p. 46.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>35</sup> Hervada, J., *op. cit.*, cuarta de forros, Editorial Minos, México, 1999.

En general, se considera —escribe Encarnación Fernández, y estoy de acuerdo con él— que la gestación doctrinal del concepto de derechos humanos no se inicia hasta que empieza a abrirse paso la idea de igual dignidad de todos los seres humanos. Existe un acuerdo generalizado en lo que respecta a considerar que las raíces filosóficas de los derechos humanos se remontan, y se hallan íntimamente ligadas, a los avatares históricos del pensamiento humanista, entendiendo por tal aquél que afirma la dignidad humana, la dignidad de todo ser humano por el mero hecho de serlo, con independencia de cualquier otra circunstancia. Este pensamiento humanista sentaría las bases para la fundamentación filosófica de los derechos humanos.<sup>36</sup> Así, antológicamente adquieren los derechos humanos una esencia —escriben Quintana Roldán y Sabido Peniche— que los hace tener existencia prioritaria frente a la actuación del poder público, que los debe respetar para justificar su propia legitimidad.<sup>37</sup> Por la misma razón, estaremos frente a un sistema justo de derecho, en lo esencial, cuando la normatividad jurídica reconozca como base de toda su estructuración el respeto a los derechos humanos.<sup>38</sup> Para López Calera, esa referencia ontológica a la dignidad humana es una instancia de objetividad real para transformar la vida social. Al mismo tiempo señala que la dignidad humana, esto es, que los hombres no sean humillados ni ofendidos, puede ser la base de una cierta justicia objetiva a la que debe servir todo derecho y toda política.<sup>39</sup>

93

Respecto a lo anterior, algo tiene que ver, y debe tener algún significado que en las modernas teorías sobre los derechos humanos no hay ya una apelación a la naturaleza humana, sino al concepto de dignidad humana que es considerado como el valor de referencia de todo derecho fundamental, y que entraña —según el profesor Pérez Luño— no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas y humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de

<sup>36</sup> Fernández, E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 27.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 28.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>39</sup> López, C. N. M., *Filosofía del derecho*, vol. I, Comares, Granada, 1997, p. 139.

cada individuo.<sup>40</sup> Este autor, si bien lo ubicamos en la corriente iusnaturalista, no es dentro del *iusnaturalismo ontológico*, sino dentro del *deontológico*<sup>41</sup>. Más adelante, relaciona con mucha objetividad la dignidad con la libertad y la igualdad: la dignidad humana no puede ser ajena a la libertad; ésta a su vez no sólo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que en sus dimensiones positiva y comunitaria implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para *todos*, si *todos* no son iguales entre sí; al propio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de *valor* el que se la pudiera concebir como igualdad en la humillación y en la opresión.<sup>42</sup> Conforme a la definición de Estado constitucional democrático y social —según Peter Häberle—, estamos bajo “la forma más exitosa de gobierno de hoy día [...] en el que el concepto de dignidad humana es la suma de los valores fundamentales”;<sup>43</sup> al mismo tiempo que la defensa de la dignidad y los derechos humanos son la base del imperio de la ley.<sup>44</sup>

Esta fundamentación iusnaturalista la encontramos plasmada en trascendentales declaraciones de derechos; la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 junio de 1776), en cuya Sección 1 quedó establecido: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos”; en el párrafo segundo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, el 4 de julio de 1776, quedó sancionado: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”.

<sup>40</sup> Pérez Luño, A. E., “Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos”, en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 280.

<sup>41</sup> *Iusnaturalismo deontológico*, entiende que el derecho natural es el *deber ser* del derecho positivo; el *modelo de moralidad* que deben respetar las leyes positivas, modelo que aparece como el horizonte al que debe tender el derecho positivo, aunque no condiciona su validez jurídica. M. G. Escalona, “El problema del concepto de derecho”, en AA. VV., *Teoría del derecho*, UNED, Madrid, 2005, p. 36.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>43</sup> Häberle, P., *Verdad y Estado constitucional*, IIJ, UNAM, México, 2006, p.p. 113-115.

<sup>44</sup> González, I. J. de D., *Epistemología jurídica*, Porrúa, México, 2008, p. 148.

nables, entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”;<sup>45</sup> el tercer documento es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789), en la que quedó escrito: “Los representantes del pueblo francés, constituido en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”.<sup>46</sup>

Por otra parte, todo lo que es, todo lo que existe conlleva en su ser una finalidad, una razón de existir. Por ello, hay una finalidad genérica extensible a todos los derechos fundamentales, que es favorecer el desarrollo integral de la persona, al mismo tiempo que potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición. De esta finalidad genérica se desprenden, en opinión de G. Peces-Barba, tres fines específicos de los derechos fundamentales:

95

- a) Son garantía de una esfera de libertad del hombre y cauce para la participación social y política; y en sí mismos son inalienables, imprescriptibles, inembargables, irrenunciables e intransmisibles.
- b) Son límite del poder político. Esta afirmación se deriva del hecho de que el hombre trasciende al Estado. En otras palabras, el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado.
- c) Son exigencias de comportamiento de parte del Estado, de quien exigen una actuación positiva, debido a que son derechos ante el Estado.<sup>47</sup>

Hemos dejado escrito que la mayoría —concepto clave cuando se habla de democracia— no siempre tiene la razón; por lo que para calificar una de-

<sup>45</sup> “La Declaración de Independencia 4 de julio de 1776”, disponible en: <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>, 1 de septiembre de 2009.

<sup>46</sup> López C. N. Ma., *Introducción a los derechos humanos*, Apéndice I, Comares, Granada, 2000, p. 91.

<sup>47</sup> Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales*, 4<sup>a</sup> edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1986, p.p.109-110.

cisión mayoritaria como auténticamente democrática, ha de cumplir con ciertos requisitos sustanciales: no sólo el sufragio universal e igual, sino todas las condiciones que permitan afirmar que las decisiones individuales que se agregan a través del método mayoritario han podido formarse y manifestarse de un modo libre e informado y son, por tanto, verdaderamente autónomas. Los derechos fundamentales —en el pensar de Juan Carlos Bayón— encarnarían esos requisitos sustanciales. Por consiguiente, cuando se restringe el poder de la mayoría para impedir que sus decisiones menoscaben los derechos fundamentales, el ideal democrático no sufriría daño alguno; al contrario, lo que se estaría haciendo es proteger a la democracia de lo que puede ser una seria amenaza para ella, la omnipotencia de la mayoría. O dicho de otro modo: la democracia sería en sí misma el fundamento de la limitación del poder de la mayoría. Por eso no sólo no habría ninguna verdadera tensión que resolver entre constitucionalismo y democracia, sino que el Estado constitucional resultaría ser la juridificación de la democracia.<sup>48</sup> Lo que daría como resultado la “democracia constitucional”, que según el propio Bayón, es en realidad un ideal complejo, compuesto por dos ingredientes, uno relativo a la *distribución* del poder (*quién y cómo decide*) y otro concerniente a su *limitación* (*qué no se puede decidir o dejar de decidir*).<sup>49</sup> La esencia de la democracia constitucional reside —según Ferrajoli— en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones.<sup>50</sup>

Ahora bien, ¿qué se necesita para saberse poseedor y titular de uno o varios derechos subjetivos, es decir, de los derechos humanos? No sólo es necesario que estén justificados, esto es, no sólo requieren un soporte normativo explícito en un ordenamiento jurídico positivo o en otro tipo de normas,

<sup>48</sup> “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 10, disponible en: [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bayon-democracia.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf), 25 de junio de 2009.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>50</sup> Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, p. 27.

(es decir, que se encuentren positivizados), sino que, además de justificados —según Squella Narducci—, requieren ser identificados como tales, esto es, reconocidos y declarados judicialmente cada vez que su titular no haya sido satisfecho en la pretensión a que el derecho en discusión da lugar.<sup>51</sup>

Por lo tanto, un posible poseedor de derechos —sostenemos con Cruz Parcerio— es cualquiera de quien pueda decirse inteligiblemente que ejerce, gana, disfruta, demanda, afirma, cede, etc., un derecho; de quien pueda lógicamente decirse que tiene un derecho a tal variedad de cosas, a tener deberes, privilegios, poderes, responsabilidades, etc.<sup>52</sup> Puede percibirse, por tanto, la trascendencia e importancia del lenguaje de los derechos, que no sería como lo concibe M. Atienza: simplemente como un recurso retórico para tratar de justificar un cierto curso de la acción, para criticar una determinada situación, etc.,<sup>53</sup> sino como lo entiende Cruz Parcerio: “En el lenguaje completo de los derechos, sólo una persona puede lógicamente ser sujeto de tales predicados; los derechos no son del tipo de cosas que puedan predicarse de las no-personas”.<sup>54</sup> De esto se desprende que en la medida en que consideremos personas a los fetos, los bebés, los incapacitados, los pacientes en estado vegetativo, e incluso a los animales (lo que sería una aberración), podríamos atribuirles derechos. En el mismo sentido —continúa el mismo autor—, aun quienes son prácticamente incapaces de hacer cosas como reclamar, disfrutar, ejercer un derecho pueden ser considerados poseedores de derechos.<sup>55</sup> Es evidente que los seres mencionados anteriormente no pueden por sí mismos demandar, ejercer derechos, a través del lenguaje hablado; pero desde el lenguaje del ser, es decir, desde el momento en que sean considerados personas, sus derechos se vuelven evidentes. Razón por la cual, para el derecho, persona y el titular de derechos, deberes y responsabilidades son una y la misma realidad.

97

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> Cruz P. J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 144.

<sup>53</sup> Atienza, M., *op. cit.*, p. 208.

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> *Idem.*

Esos derechos fundamentales —dice Prieto Sanchís— encarnan exigencias morales importantes, pero exigencias que pretenden ser reconocidas como derechos oponibles frente a los poderes públicos; lo cual desde la perspectiva positivista, encierra un reto importante: los derechos, como el resto del ordenamiento jurídico, consisten precisamente en limitar el poder del Estado.<sup>56</sup> Idea, esta última, que aparece perfectamente expresada en J. Locke cuando decía que el fin fundamental del Estado era preservar los derechos naturales,<sup>57</sup> vinculantes incluso frente al legislador; idea que hoy parece mantener toda su fuerza: los derechos se caracterizan porque no están sometidos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales, según ha dicho J. Rawls,<sup>58</sup> y porque son triunfos del individuo frente a la mayoría, en palabras de R. Dworkin.<sup>59</sup>

98

Delgado Pinto refuerza lo dicho al señalar que se trata de derechos, que dentro del ordenamiento, su lugar se encuentra en la Constitución, entendida como la estructura normativa básica de una comunidad. Es éste un rasgo del concepto de derechos fundamentales que hay que subrayar, y que parece haber concordancia en sostener que de no ser reconocidos, existiría una razón suficiente para valorar negativamente el orden jurídico como un orden injusto. Si se admite esto, es preciso admitir que la razón de ser o el fundamento de los derechos humanos se encuentra más allá del orden jurídico positivo, y que, como se ha puesto de relieve por diversos autores, la cuestión del concepto se entrecruza aquí con la cuestión del fundamento.<sup>60</sup>

Ahora bien, es necesario puntualizar que ese titular no es un ser viviente cualquiera, sino un ser viviente humano que está revestido de dignidad que es la base de la democracia, y el centro de gravedad de los derechos humanos. Éstos giran —apunta Pérez Tapias— en torno de la dignidad, de la que

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 502.

<sup>57</sup> Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, n. 124, trad. Ana Stellino, Gernica, México, 2003, p. 118.

<sup>58</sup> Rawls, J., *Teoría de la justicia*, trad. Ma. Dolores González, F.C.E. México, 2003, p. 17.

<sup>59</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 37.

<sup>60</sup> Delgado, P. J., “La función de los derechos humanos en un régimen democrático”, en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, p. 137.

cada cual es portador por razón de su *humanidad* y cuyo respeto se le debe por parte de todos los demás, no sólo personalmente, sino también institucionalmente, de manera incondicional.<sup>61</sup>

En el ámbito positivo, no basta con que el derecho positivo, desde la Constitución proclame y consagre ciertos derechos, sino que es imprescindible e insoslayable que ese mismo ordenamiento jurídico establezca e indique a esos mismos derechos los mecanismos de tutela jurisdiccional correspondientes, es decir, es necesario que esos derechos se encuentren verdaderamente protegidos y no sólo contemplados en el papel. Es indispensable acentuar ese requisito, ya que la democracia tal como la entendemos opera únicamente sobre la base de algunas condiciones, como la de que los llamados a elegir tengan frente a sí alternativas reales y cuenten con la posibilidad de optar entre ellas, para lo cual es necesario que les estén reconocidos y garantizados los derechos de libertad de pensamiento, de expresión, de reunión, de asociación y otros semejantes. Esos derechos, llamados derechos de libertad, no sólo son auténticos derechos —en el sentido que indicamos líneas arriba—, sino que cuentan con el privilegio de estar no sólo consagrados en los pactos internacionales suscritos por los Estados y contemplados en las Constituciones escritas de éstos, sino que, además, cuentan con una tutela jurisdiccional efectiva. Según la concepción asociativa de democracia —sostiene Dworkin—, los derechos constitucionales que protegen la libertad que los individuos tienen para tomar sus propias decisiones éticas no comprometen la democracia, sino que más bien constituyen un intento de garantizarla.<sup>62</sup> Sin embargo, muchos Estados no son siquiera formalmente democráticos, y muchos de los que pretenden serlo permiten sólo un único partido político y niegan derechos como la libertad de prensa y de expresión que en forma general son considerados derechos indispensables en una democracia genuina.

99

En ese contexto, el Estado como institución y el derecho como el instrumento y medio insustituible para la realización de la justicia, no tienen más

<sup>61</sup> *Op. cit.*, p. 168.

<sup>62</sup> Dworkin R., *La democracia posible...*, p. 184.

justificación —y estamos de acuerdo con Prieto Sanchís— que la mejor garantía de los derechos fundamentales y, en la medida en que se separen o traicionen dicho objetivo, decae su legitimidad y con ello el vínculo de obediencia que liga a los ciudadanos.<sup>63</sup>

En un intento por acercarnos al concepto de derechos humanos, diremos con Juan Antonio Gómez García que: “Los derechos humanos son expresión de un mínimo ético determinado en razón del contenido concreto de un determinado código moral. Tal normatividad moral está claramente identificada: la que acompaña y comporta históricamente el modelo clásico de concepción y fundamentación de los derechos humanos”.<sup>64</sup> Al tomar en cuenta la distinción hecha —líneas antes— entre derechos humanos y derechos fundamentales, sostenemos con el doctor Escalona que los derechos fundamentales son aquellos derechos que las constituciones o leyes fundamentales reconocen a los ciudadanos. Éste es el sentido originario del término. Son *derechos* porque forman parte del ordenamiento jurídico que los reconoce como tales; son *fundamentales*, ya que el mismo ordenamiento jurídico los ha dotado de un rango especial, de garantías reforzadas para su ejercicio y, por último, constituyen el fundamento de todo el orden jurídico-político del Estado constitucional. Al respecto, señala Farrajoli: “En todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso”.<sup>65</sup>

En un sentido más amplio, también se usa la expresión *derechos fundamentales* para referirse no sólo a los reconocidos por las leyes fundamentales, sino a todos aquellos derechos que, por su importancia, al tratarse de unos derechos básicos o fundamentales, se encuentran apoyados en las exigen-

<sup>63</sup> “Derechos fundamentales”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 502.

<sup>64</sup> “Derecho, moral y usos sociales”, en AA. VV, *Teoría del derecho*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>65</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2<sup>a</sup> edición, trads. Perfecto A. Ibáñez, Alfonso R. Miguel *et al.*, Trotta, Madrid, 1997, p. 916.

cias de la dignidad humana.<sup>66</sup> Antonio E. Pérez Luño ha llegado a plasmar en el concepto de uno y otro grupo de derechos, las notas esenciales que los identifican y los distinguen al mismo tiempo. Los *derechos humanos* aparecen como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.<sup>67</sup> En cambio, por *derechos fundamentales* entiende “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.<sup>68</sup> Lo que significa no otra cosa para Javier Jiménez Campo, que el derecho fundamental —todo derecho fundamental— vive a través y por medio de una legalidad a falta de la cual resulta impracticable.<sup>69</sup> Luigi Ferrajoli señala con precisión que uno de los criterios que permite establecer “cuáles deben ser los derechos fundamentales” es el de su nexo con la democracia constitucional. Si tales derechos, a su vez, son sancionados con rango constitucional, imponen límites y vínculos a la legislación y, por tanto, en caso de que ésta sea competencia de instituciones representativas, a la democracia política.<sup>70</sup> Como lo hemos sostenido, ahora lo reiteramos, que son las Constituciones democráticas las que aseguran la *garantía de los derechos*, a través de la *separación de poderes*, tal como quedó establecido en el artículo 16 de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.<sup>71</sup> Se redescubre con ello —dirá Ferrajoli— el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos.<sup>72</sup>

101

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 143.

<sup>67</sup> Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 48.

<sup>68</sup> Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, 7<sup>a</sup> edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

<sup>69</sup> Jiménez, C. J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 22.

<sup>70</sup> Ferrajoli, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 239.

<sup>71</sup> López, C. N. María, *Introducción a los derechos humanos*, apéndice I, Comares, Granada, 2000, p. 92.

<sup>72</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 67.

A lo aquí citado, en otro lugar, el mismo Ferrajoli hace una puntualización —y estamos de acuerdo con él—, que la estipulación y la garantía misma de los derechos fundamentales son condiciones necesarias, pero no suficientes, de la democracia. En un doble sentido: en el sentido de que tanto los derechos como sus garantías son de todos modos normas, que bien pueden permanecer sin efecto, y en el sentido de que sólo aseguran la dimensión jurídica de la democracia; dimensión que si no es la más importante de todas las aproximaciones a ella, es la previa a todas las otras.<sup>73</sup>

En razón de lo anterior, se puede decir que los derechos humanos, están en el núcleo de las democracias constitucionales, esto es, que unos necesitan de las otras; por lo que podemos decir a la vez que los derechos humanos implican la democracia, en la medida en que la democracia tiene su legitimación y razón de ser en esos mismos derechos. Es decir, a un verdadero régimen democrático se le identifica porque en él, el respeto a los derechos humanos es real; al mismo tiempo que a los individuos, poseedores de los mismos, se les reconoce su capacidad de participación política, y a los propios derechos su exigencia de concreción y plasmación jurídico-política en un sistema democrático. Esto es así porque los derechos humanos tienen como fin esencial en su existencia: ser respetados. De nada valdría la mejor declaración constitucional de derechos humanos ni las mejores declaraciones o tratados internacionales, o los mejores mecanismos supuestamente protectores de los mismos, si no se cumple este fin. Incluso no puede existir desarrollo ni progreso social ni superación alguna mientras no partamos del respeto a los derechos del hombre, que es un mínimo de justicia exigible en el trato con nuestros semejantes en el ámbito social.

De lo anterior se desprende que la existencia de los derechos fundamentales tendrá poca importancia si de hecho no pueden ser disfrutados por una gran masa de nuestras democracias occidentales, por lo que el asunto de la justicia distributiva debe estar sometida a un control democrático. El proceso democrático —indica Dahl— brinda a los ciudadanos una amplia gama de derechos, libertades y recursos, suficientes para permitirles par-

<sup>73</sup> Ferrajoli, L., “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, *op. cit.*, p. 168.

ticipar plenamente, en un pie de igualdad, en la adopción de las decisiones colectivas que los comprometen. Si las personas adultas deben participar en decisiones colectivas a fin de proteger sus intereses personales, desarrollar sus capacidades humanas y actuar como seres autodeterminantes y moralmente responsables, el proceso democrático es necesario, asimismo, para alcanzar estos fines.<sup>74</sup>

La democracia —escribe Walzer— exige derechos iguales, no igual poder. En este orden de cosas, los derechos son oportunidades garantizadas para ejercer poder menor (derechos a votar) o para intentar ejercer un poder mayor (derechos al discurso, a la asamblea y a la petición). Los teóricos democráticos conciben por lo común al buen ciudadano como alguien que constantemente intenta ejercer mayor poder, aunque no por fuerza para su propio beneficio. Tiene principios, ideas y programas, y coopera con hombres y mujeres de pareceres semejantes.<sup>75</sup> Esto es así —escribe J. Rawls— porque en una democracia, el poder político, que es siempre un poder coercitivo, es el poder del público, es decir, el de ciudadanos libres e iguales en tanto que cuerpo colectivo.<sup>76</sup>

103

Las corrientes del pensamiento liberal y republicano, la primera bajo la guía inicial de J. Locke y la segunda con la figura central de Rousseau, contribuyeron a la maduración de las ideas de derechos fundamentales del individuo que han de verse preservados en el orden político. Ello se constituye en condición —según José A. Pérez Tapias— para que la legitimidad del Estado de derecho pueda ser reconocida y para que la soberanía popular sea fuente legítima de la legalidad en que los derechos se plasman positivamente desde lo que son los derechos de los individuos, y que en la dinámica del reconocimiento recíproco dan pie a la participación de éstos como ciudadanos en la elaboración de las leyes que se comprometan a obedecer.<sup>77</sup> Así, los

<sup>74</sup> Dahl, R. A, *La democracia y sus críticos*, p. 211.

<sup>75</sup> Walzer, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, F.C.E., México, 2001, pp. 318-319.

<sup>76</sup> Rawls, J., *Liberalismo político*, p. 207.

<sup>77</sup> “Derechos humanos y ciudadanía democrática: la responsabilidad moral por los derechos del otro”, en G. R. Herrera (coord.), *op. cit.*, pp. 165-166.

derechos civiles y políticos que se reconocen como fundamentales, porque se los entiende como correspondientes a derechos universales que han de propugnarse en relación con todos, se constituyen, por un lado, en fuente inspiradora de la práctica política de los Estados de derecho que se conforman democráticamente, y por otro, en instancia de legitimación de sus instituciones políticas.

En las sociedades democráticas —anota G. Peces-Barba— forma parte de la cultura política, y está suficientemente garantizada la libertad de opinión y de expresión. En las sociedades no democráticas es la principal asignatura pendiente, puesto que los poderes autoritarios o totalitarios saben que su permanencia está, en parte, vinculada al control y al dirigismo en materia de opinión y de expresión. La crisis del discurso clásico sobre la libertad de expresión se produce, pues, sólo en el ámbito de las sociedades democráticas, es decir, allí donde está consolidado, forma parte de los derechos fundamentales y tiene garantías en caso de desconocimiento o violación.<sup>78</sup> Por ello, Amartya Sen afirma que uno de los logros de la democracia es su capacidad de hacer que la gente se interese, a través de la discusión pública en las peripecias de los demás y comprenda mejor las vidas ajenas.<sup>79</sup>

Aunque los derechos individuales son condicionados políticamente —observa Carla Cordua—, la existencia política del individuo está fundada en su carácter de sujeto libre, capaz de autodeterminarse. El Estado no confiere derechos, pues le pertenecen al sujeto en cuanto moralmente libre, sino que sólo los reconoce. Sin este reconocimiento, sin embargo, nadie puede ejercer realmente ningún derecho ni tomar sobre sí obligación alguna en el sentido jurídico de estos conceptos. La persona jurídica y el sujeto moral dependen de la existencia del Estado para la efectuación de sus posibilidades; sólo como ciudadano se puede llegar a ser una personalidad desarrollada.<sup>80</sup> Por consiguiente, mientras los derechos de autodeterminación se apliquen

<sup>78</sup> Peces-Barba, G., *Ética, poder y derecho*, p. 121.

<sup>79</sup> Sen, A., *op. cit.*, p. 375.

<sup>80</sup> Cordua, C., *El mundo ético. Ensayos sobre la esfera del hombre en la filosofía de Hegel*, Anthropos, Barcelona, 1989, p. 176.

únicamente a la esfera del gobierno, la democracia carece de significación clara para los ciudadanos. En ese contexto político-gubernamental, lo más seguro es que en los países que en su historia se ha atravesado algún período de dictadura, los derechos civiles y políticos gocen de una vigencia precaria debido a su inestabilidad política, por lo cual tiene toda la razón Sousa de Santos al señalar que “la precariedad de los derechos es otra cara de la precariedad del régimen democrático”.<sup>81</sup>

El individuo, por su parte, tiene derecho a exigir del Estado algo más que la definición y garantía de sus derechos. El Estado tiene por fin —puntualiza J. Dabin— el bien público; pero entre los elementos formales de éste no sólo figura el respeto a los derechos del individuo, sino la difusión de los derechos conquistados, por el aumento del número de sus titulares y, de manera general, el cuidado de los intereses materiales y morales del individuo.<sup>82</sup> De tal importancia y trascendencia se acompañan las *garantías individuales* que le hacen decir a B. Constant que no existe seguridad pública sin garantías individuales. Se pone en peligro la seguridad pública cuando los ciudadanos ven en la autoridad una amenaza en vez de una salvaguardia. Al mismo tiempo, piensa que la arbitrariedad es el verdadero enemigo de la seguridad pública, que las tinieblas de que se rodea no hacen sino agravar sus peligros, que sólo hay seguridad pública en la justicia, justicia en las leyes y leyes en el procedimiento.<sup>83</sup>

105

Con la Declaración de 1948 —según N. Bobbio— da comienzo una tercera y última fase en que la afirmación de los derechos es al mismo tiempo universal y positiva: universal en el sentido en que no sólo son destinatarios de los principios contenidos en ella los ciudadanos de este o aquel Estado, sino todos los hombres; positiva, en el sentido de que pone en movimiento un proceso a cuyo término los derechos del hombre deberán ser no sólo proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos in-

<sup>81</sup> Sousa Santos, B. de, *op. cit.*, p. 102.

<sup>82</sup> Dabin, J., *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, 1<sup>a</sup> edición, trads. Héctor González y Jesús Toral, UNAM, IJJ, México, 1993, p. 387.

<sup>83</sup> Constant, B., *Principios de política*, trad. Amelié Cuesta, Gernika, México, 2000, p. 118.

cluso contra el mismo Estado que los ha violado. Al final de este proceso, los derechos del ciudadano se transformarán realmente, positivamente, en los derechos del hombre. En otras palabras —dice el mismo autor— el proceso de desarrollo que acaba con la Declaración Universal, lo podemos describir así: los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales.<sup>84</sup>

En consonancia con lo anterior, una doctrina que ha empezado a gozar de cierto reconocimiento, para justificar la intervención punitiva, aunque sin llegar a la plena aceptación, en el seno de las Naciones Unidas —observa George Soros—, es la denominada “responsabilidad de proteger”. Sostiene que la soberanía reside en el pueblo, y que éste la confía al gobierno. Cuando el gobierno abusa de esa confianza y viola los derechos humanos del pueblo, la comunidad internacional tiene la responsabilidad de proteger al pueblo.<sup>85</sup>

Con la aparición de una nueva generación de derechos humanos, lo que pretenden los nuevos movimientos sociales es impulsar una fuerte dinámica democratizadora que no implica la desaparición de la democracia representativa y su sustitución por una democracia directa, sino la instauración de una democracia deliberativa. Puede decirse que, desde sus inicios —en palabras de María Eugenia Rodríguez Palop— los derechos de la cuarta generación pretenden reforzar el aspecto democrático del Estado social sin desvirtuarlo, tratan de garantizar la libertad y la autonomía individual (como el modelo estrictamente liberal) y también la colectiva (según las tesis comunitaristas) poniendo en vigor procesos de justicia y fomentando la tendencia redistributiva, la capacitación y la participación ciudadana, y, por último, se orientan a la resolución de problemas que surgen en el eje localización-globalización apostando por una configuración de la soberanía estatal.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, pp. 135-136.

<sup>85</sup> Soros, G., *op. cit.*, p. 155.

<sup>86</sup> “Derecho, ciudadanía y derechos humanos”, en F. J. L. Fernández y A. A. Hortal (comps.), *op. cit.*, p. 53.

## Derechos-deberes y libertades

Uno de los temas que motivaron esta investigación es precisamente éste, el binomio derechos humanos y deberes. En primer lugar, si tomamos en cuenta la ambivalencia y complejidad de las que es portadora la palabra ‘derecho’, tenemos que puede significar un determinado orden normativo vigente; mientras que por otra parte, puede designar algo diferente: una prerrogativa o facultad de la que estaría dotada una o más personas. Así, en la expresión “según el derecho mexicano”, la palabra ‘derecho’ hace referencia a un ordenamiento jurídico determinado, que es el mexicano; en cambio, si digo “toda persona tiene derecho a expresar libremente sus opiniones”, aquí, la palabra ‘derecho’ hace referencia a la facultad de externar lo que piensa, de la que es poseedor el titular del derecho a la libertad de expresión. Aquí ya estamos hablando de lo que se conoce propiamente como derechos humanos.

107

Debido a esa diversidad de significados —opinan Quintana Roldán y Sabido Peniche—, que múltiples y de contenidos muy diversos han sido los estudios y reflexiones filosóficas sobre el ser y la esencia, las causas, los valores y los fines de los derechos humanos. Se trata, sin lugar a dudas, de uno de los temas más complejos del análisis del derecho mismo, porque el tema tiene como centro de especulación al propio hombre que es el creador del derecho, del sentido de su vida y de su existencia, del sentido de su papel en el mundo y de su propia trascendencia.<sup>87</sup> Y más se complica el asunto si enfrentamos la polémica permanente sobre algo de lo cual muchas veces ni siquiera queremos hablar: la reciprocidad y vinculación entre derechos humanos y deberes, si existe o no, ya que nos inclinamos de manera preferente por los derechos y no por los deberes: más nos gusta exigir que cumplir. Esta preferencia, y debido a que no se ha hecho hincapié ni se ha insistido en el tema de los deberes, pienso que ha contribuido de alguna forma para que la situación (en sentido amplio) que vivimos sea la que es y no otra.

<sup>87</sup> Quintana, R. y Sabido Peniche, *Los derechos humanos*, 4<sup>a</sup> edición, Porrúa, México, 2006, p. 27.

Para entrar en materia, es conveniente tomar en cuenta algo muy conocido por los juristas, que es la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, porque considero que es el punto de referencia para estudiar el tema de este apartado. El primero designa la cosa o conducta que se debe a otro; mientras que el segundo indica la facultad del titular del derecho respecto de lo justo objetivo (cosa o conducta) que se le debe, y por lo tanto, puede exigirlo. Un derecho subjetivo —observa Squella Narducci— no es otra cosa que una facultad o pretensión justificada que es atribuida a un sujeto de derecho, o a toda una clase de sujetos, frente a otro u otros sujetos a quienes se impone un deber u obligación correlativa. En otros términos, poseer un derecho subjetivo significa estar en posición de exigir de otros un determinado comportamiento o alguna cosa, que pasa a ser, si se quiere, el contenido del derecho subjetivo de que se trate.<sup>88</sup>

108

En la misma línea se pronuncia Hermida del Llano, al afirmar que el derecho de un sujeto despierta siempre en otro la obligación de no impedir su ejercicio. Y es que las expresiones referidas a la tenencia de un derecho se sitúan necesariamente dentro de un lenguaje normativo, debido a que la ausencia de normas por sí sola no atribuye un derecho sino cuando va acompañada de un deber para otros de abstenerse de interferir en las acciones dentro del ámbito no regulado, es decir, cuando va acompañada de una presencia de normas.<sup>89</sup> Al respecto, Hans Kelsen escribe que el derecho provoca el surgimiento de una norma que autoriza a su titular, por medio de una acción, a entablar un procedimiento judicial cuando sus intereses se han visto violados por incumplimiento de una obligación;<sup>90</sup> es decir, contra aquel sujeto que violó sus intereses jurídicamente protegidos.

<sup>88</sup> “Democracia y derecho”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 517.

<sup>89</sup> “La Filosofía del derecho y los derechos humanos”, en Rojas, A. V., y C. J. F. Arriola (coords.), *La filosofía del derecho hoy*, Porrúa, México, 2010, p. 110.

<sup>90</sup> Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, revisión de Juan Federico Arriola, Trillas, México, 1994, pp. 142-143.

## *Derechos protegidos-deberes exigidos*

Recordemos que Norberto Bobbio ha dicho que a él no le interesa tanto saber cuál es el fundamento de los derechos humanos ni tampoco su origen. Para él lo más valioso es la garantía y protección de los mismos.<sup>91</sup> Kelsen, en cierta manera, estaría de acuerdo con él, pues de nada sirve atribuir a los individuos determinados derechos si aquella atribución no se encuentra debidamente protegida: “mientras un derecho subjetivo no ha sido garantizado por el orden jurídico no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico”.<sup>92</sup> Por ello, Hermida del Llano insiste en que el reconocimiento de un derecho subjetivo es irrelevante si no funcionan las instituciones que garanticen el respeto y cumplimiento de éste.<sup>93</sup>

109

Para R. Alexy, los derechos fundamentales estarán caracterizados por la protección procesal de los mismos, pues como se dice y se acepta en un buen círculo de juristas — y Alberto López Basaguren lo corrobora—, los derechos valen lo que vale su garantía, y la única garantía que ha demostrado históricamente la más plena eficacia es, por encima de todas, la garantía judicial de los derechos.<sup>94</sup> La respuesta que da Hermida del Llano a la pregunta ¿de qué modo se protegen los derechos fundamentales?, es muy atinada, por cierto, y se sale de todo esquema ordinario: “parece que una fórmula segura son ‘los deberes’ que obligan a otros a no impedir o a respetar el ejercicio de los derechos, ya que en caso de incumplimiento, el legislador pone a disposición del titular del derecho diversas técnicas reclamatorias que le permitirán disfrutar del ejercicio del derecho que ha sido violado”.<sup>95</sup> Incluso desde el utilitarismo, J. Stuart Mill opina que un derecho es una reclama-

<sup>91</sup> Cfr. Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, p.128

<sup>92</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 93.

<sup>93</sup> Llano, H. del, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 13.

<sup>94</sup> “Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales”, en A. J. Corcuera (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 121.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 114.

ción válida de protección que se hace a la sociedad: “concibo entonces que tener un derecho es tener algo cuya posesión la sociedad debe ayudarme a defender”.<sup>96</sup>

Dentro de la jerga conceptual relativa a los derechos, ha habido la tendencia a usar el término o la palabra intereses queriendo expresar derechos con esa palabra. Es verdad que las personas tienen intereses, y el interés hace referencia a algo que se posee, que se tiene. De esos intereses, algunos son importantes, otros triviales; unos son particulares y otros universales. Algunos, también, son tan importantes y están tan difundidos que originan reclamaciones a otros de que se respeten esos intereses. En ese sentido, tener un derecho —escribe Knowles— es tener una demanda justificable ante otros de que protejan o promuevan cierto interés.<sup>97</sup> Por consiguiente, en este contexto, saber qué derechos tenemos dependerá de los intereses que se mencionan porque exigen protección y promoción.

Al insistir en el empleo del término ‘interés’, Marcelo Alegre concibe a los derechos como “intereses básicos” que merecen una protección especial y prioritaria en las agendas y políticas públicas. Del mismo modo que el respeto a los derechos civiles y políticos puede significar sacrificios para terceros, incluso económicos; por su parte, las cargas que impone asumir el compromiso de terminar con la pobreza se encuentran ampliamente justificadas por cualquier concepción decente de la sociedad, que parte de la dignidad e inviolabilidad de los seres humanos.<sup>98</sup>

Por otra parte, hay que tener presente que el derecho implanta deberes de justicia y los deberes de justicia son una parte del conjunto de los deberes morales, pero sin confundirse con ellos. Con Kant —como bien señala G. Peces-Barba— se llegó a una ética de los deberes y a su distinción respecto de los deberes jurídicos. Así, la legislación que convierte una acción en obligatoria y que a su vez hace de esta obligación el motivo del obrar es ética.

<sup>96</sup> Stuart, M. J., *El utilitarismo*, Americalee, Buenos Aires, 1945, p. 85.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>98</sup> Alegre, M., *op. cit.*, p. 117.

Cuando esto no es así y el deber permite un motivo del obrar distinto de la obligación misma, estamos ante una obligación jurídica. Así, las obligaciones derivadas de la legislación jurídica sólo pueden ser obligaciones externas, las derivadas de la legislación ética se generan por acciones internas.<sup>99</sup>

Dichos deberes, los deberes de justicia, pueden ser exigidos coactivamente; porque si sostengamos que los derechos humanos son mínimos de justicia debidos socialmente al prójimo, los deberes correspondientes tendrán que gozar de la misma naturaleza que los derechos. Zagrebelsky piensa que es imposible reducir el orden justo a los derechos, pues el postulado de la justicia pertenece a un *ethos* dominado por los deberes, no por los derechos individuales. No puede pretenderse la justicia y pensar en construirla sobre los derechos rechazando los deberes. Con los derechos orientados a la justicia se ha intentado una operación de este género, pero se ha visto que se trata de una operación principalmente verbal. Quienes sólo han pensado en la Constitución como ordenamiento de la justicia y no como ordenamiento de la libertad, no han invocado una declaración de derechos, sino una declaración de deberes constitucionales. La aspiración constitucional al orden justo hace que la dimensión del deber, de ser simple reflejo o la otra cara de los derechos, pase a convertirse en un elemento autónomo propiamente constitucional.<sup>100</sup>

111

### *Reciprocidad o separación*

Que todo derecho implica un deber suele ser la amenaza oculta del político que quiere advertir a los ciudadanos que si no actúan responsablemente ni se comportan como es debido, serán privados de sus derechos. Para algunos —señala Knowles— la frase puede ser un discreto recordatorio de que aquellos que reclaman para sí el *status moral* de portadores de derechos también

<sup>99</sup> “Los deberes fundamentales”, en *DOXA*, núm. 4, Madrid, 1987, p. 330.

<sup>100</sup> Zagrebelsky, G, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1999. p. 95.

poseen el *status* de tenedores de responsabilidades.<sup>101</sup> Por otra parte, también es verdad, que se habla de derechos humanos casi neurasténicamente, pero pocos quieren oír hablar de obligaciones.

Según Cruz Parcero, los conceptos de “derecho” y “deber” no son entendidos siempre como correlativos. La cuestión se puede complicar si usamos el concepto de derecho subjetivo con distintos sentidos y si se quiere ver un deber correlativo para cada uno de tales sentidos; porque para tres de los sentidos en que solemos decir que tenemos un derecho —privilegio, poder e inmunidad—, el término deber no aparece como correlativo. Por lo mismo, decir que siempre que hay un derecho hay un deber tiene sentido sólo si nos referimos al derecho en sentido estricto o pretensión, es decir, si nos estamos refiriendo a una determinada relación (jurídica o moral). Así, también, tendrá sentido decir que puede haber derechos sin deberes, si hacemos referencia a un derecho en sentido amplio que esté formado de privilegios, poderes o inmunidades.<sup>102</sup> Al respecto, Kelsen se expresa de la siguiente manera: “No se concibe un derecho subjetivo sin la correspondiente obligación, pero sí puede existir un deber jurídico sin que exista correlativamente un derecho subjetivo (en el sentido estricto de la palabra)”.<sup>103</sup>

Frente a la postura anterior, algo que de ninguna manera se puede negar es que —sostiene Mercedes Gómez Adanero—:

cuando el Derecho establece deberes, está imponiendo al sujeto la obligación de comportarse en la manera en que la norma determina, bien porque la norma establezca el deber de realizar determinada conducta, bien porque la norma prohíba la realización de algún comportamiento. Es decir, las normas que establecen deberes exigen al sujeto la realización de conductas que pueden consistir en un hacer o en un no hacer algo, en realizar o no, determinada conducta.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> Knowles, D., *op. cit.*, p. 130.

<sup>102</sup> Cruz, P. J. A., *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>103</sup> Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 99.

<sup>104</sup> “Derecho subjetivo y deber jurídico”, en AA. VV., *Teoría del derecho*, *op. cit.*, p. 227.

En este sentido, según Luis Ernesto Arévalo, los *derechos humanos* desde el aspecto objetivo, son normas de derecho público constitucional, es decir, de la más alta jerarquía jurídica que protegen ciertos bienes jurídicos fundamentales que se consideran inherentes a la personalidad humana, y cuya identificación y precisión son producto histórico del desarrollo de la conciencia humana y la organización social. Son normas jurídicas constitucionales, tanto por su jerarquía como por la materia, es decir, por la clase de relaciones sociales que regulan.<sup>105</sup> Desde el aspecto subjetivo, en cambio —señala el mismo autor—, los *derechos humanos* son las facultades que esta clase de normas otorgan a los titulares para que exijan de los obligados el cumplimiento de las obligaciones correspondientes. Los bienes jurídicos protegidos por esa clase de normas son la vida, la libertad, la igualdad y la fraternidad verdaderamente humanas, la propiedad y la seguridad.<sup>106</sup>

113

Respecto a lo anterior —don Efraín González Morfín escribe—, la fuerza ordenadora del derecho se manifiesta, de manera especial, en la correlación o mutua implicación que se da entre el derecho y el deber. Esta reciprocidad se da entre personas físicas o jurídicas diferentes y también en la persona misma titular del derecho. Al derecho del facultado corresponde el deber del obligado y viceversa. En la relación jurídica eficaz al ejercicio del derecho de uno corresponde el cumplimiento del deber de otro. Este es el tipo de reciprocidad más conocido. Pero existe, además, una congruencia profunda entre derecho y deber en la persona misma que tiene el derecho; por ejemplo, al derecho de vivir corresponde la obligación de cuidar y desarrollar la vida. Si no se acepta este tipo de correlación en la misma persona, se cae en superficialidad, incongruencia y demagogia. La recta formación de la conciencia natural y cristiana respecto de los derechos humanos insiste en la correlación completa entre derecho y deber.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Arévalo, L. E., *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, 2<sup>a</sup> edición, Lupus Magíster, Universidad Iberoamericana Puebla y Ciudad de México, 2001, pp. 57 y 58.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>107</sup> “Doctrina social cristiana y derechos humanos. Derecho y obligación de la Iglesia de tratar los derechos humanos”, *ibidem*, p. 346.

## *Origen de los deberes*

En este punto, las opiniones también se dividen. Así, por ejemplo, si en un primer momento, G. Peces-Barba señala que “el concepto de deber aparece en la historia en el ámbito ético—religioso; como otros muchos conceptos jurídicos su origen es inseparable de la dimensión religiosa como era en los primeros tiempos todo el Derecho”.<sup>108</sup> Al mismo tiempo, señala que hay que tener en cuenta que el concepto de deber ha sido decisivo junto con la identificación del derecho con la ley, para la formación del derecho moderno.<sup>109</sup>

114

Me inclino por el origen natural de los deberes —en razón de la naturaleza sociable del hombre, como lo postula Aristóteles—, no obstante que en comparación con los derechos, su descubrimiento exige mayor esfuerzo. Por ello estoy de acuerdo con Delos cuando escribe: el hombre entra en el Estado como sujeto de derechos y deberes. Es una cualidad que tiene por naturaleza, y lejos de perderse en la ciudad, por el contrario, es ahí donde esta cualidad se manifiesta con todo su valor.<sup>110</sup> Es decir, en su interior siente, en mayor o menor grado, la necesidad de cumplir con unos deberes oriundos de su propia naturaleza, al margen de las costumbres y de las leyes en contrario. Así, por ejemplo, cualesquiera que sean las leyes civiles en vigor o las costumbres en contrario, toda persona mentalmente sana y moralmente honesta siente dentro de sí el deber de conservar la propia vida y de respetar la de los demás. Tampoco necesita ninguna cultura para saber que tiene que criar y educar a los propios hijos, cultivar la gratitud, el respeto a los demás, la veracidad y tantas otras cosas.

Otro argumento a favor del origen natural de los deberes se puede deducir de su relación con la libertad. El deber no se explica ni tiene razón de ser en sí mismo; “el deber por el deber mismo” hace de él un absoluto incondicionado que lo desplaza de su quicio fundante, dejándolo sin explicación y por

<sup>108</sup> “Los deberes fundamentales”, en DOXA, p. 329.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>110</sup> “Los fines del derecho: bien común, seguridad justicia”, en AA. VV., *Los fines del derecho*, trad. Daniel Kuri Breña, UNAM, México, 1975, p. 51.

supuesto sin justificación. Justificación que el deber encontrará en el principio de fidelidad a sí mismo, que el sujeto se debe, y a la propia dignidad, que pueden bastar —según Morón Alcain— para aquellos que han tomado clara y fuerte conciencia de esos valores para fundar el deber; que no quiere decir otra cosa que fundar el deber en el hombre, como categoría ontológico-existencial, que permite y orienta la realización de la persona y, por lo mismo, también de la sociedad.<sup>111</sup> Realización que no podría llevarse a cabo sin libertad; por lo cual, libertad y deber son correlativos, se implican mutuamente: sin la libertad el deber es sólo constreñimiento y necesariedad; sin el deber la libertad es expansión desordenada e irracional que contradice el propio ser del hombre. De este modo —de acuerdo con Morón Alcain—, surgiendo y obrando desde el propio ser persona, juntos explican y justifican a la conducta humana y lo llevan a su plena realización individual y social.<sup>112</sup>

115

Por su parte, Zagrebelsky señala que los derechos orientados a la libertad, es decir, a la voluntad, son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad, que están llamados a proteger. En las sociedades volcadas hacia el progreso, los derechos son una exigencia estructural y su difusión y potenciación constituyen factores de aceleración. El tiempo de estos derechos no tiene fin. En cambio, los derechos entendidos como pretensión de reparación de la injusticia tienen sólo un valor transitorio, por cuanto persiguen la vigencia del orden justo y pierden significado una vez alcanzado el resultado. En una situación de justicia realizada, si se debe algo a alguien no es porque éste tenga un derecho, en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque eso viene impuesto como deber por el orden del ser. Y al contrario de los derechos, son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las sociedades justas, la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> Cfr. Morón A. E., *Filosofía del deber moral y jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 37-39.

<sup>112</sup> *Idem*, 40.

<sup>113</sup> *Op. cit.* p. 86.

No obstante que con frecuencia preferimos hablar de derechos y no de deberes, parece que en la historia del hombre lo que figuró primero en su existencia fueron los deberes. Sobre lo cual, pienso que es conveniente conocer la opinión de N. Bobbio. Ciertamente, afirma, que lo que figuró primero en la existencia del hombre fueron los deberes y no los derechos:

la afirmación de los derechos del hombre, representa un vuelco radical en la historia secular de la moral, una verdadera y propia revolución copernicana, es decir, una inversión desde el punto de vista de la observación. Al comienzo existió un código de *deberes*, no de *derechos* [...] puede decirse que derecho y deber son como la cara y cruz de una moneda. Saber cuál es cuál, depende del ángulo de donde se mire la moneda; por mucho tiempo se le vio del lado de los deberes y no de los derechos, porque la observación partía desde el grupo y no desde el individuo. El gran viraje se produce en Occidente por medio de la concepción cristiana de la vida, y con ella la doctrina del derecho natural o de los derechos naturales; que a su vez rompe la tradición de la doctrina política de ver la relación entre gobernantes y gobernados, más *ex parte principis* (desde el príncipe), que *ex parte civium* (desde el ciudadano).<sup>114</sup>

116

Por lo tanto, primero viene el individuo y luego el Estado: el valor principal de la sociedad —afirma Carbonell— son las personas no el gobierno. La relación entre el individuo y el Estado se invierte, y como consecuencia de ella también cambia la primacía de los deberes sobre los derechos. Si primero viene la persona, entonces también vendrán primero sus derechos, que deben ser anteriores e incondicionales respecto a sus deberes.<sup>115</sup> En esta inversión de la relación entre individuo y Estado —puntualiza Bobbio— se invierte también la relación tradicional entre derecho y deber. Respecto de los individuos los derechos pasan a primar sobre los deberes; respecto del Estado pasan a primar los deberes sobre los derechos.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Cfr. Bobbio, N., *Teoría general de la política*, pp. 512-515.

<sup>115</sup> Carbonell, M., *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005, p. 6.

<sup>116</sup> Bobbio, N., *Teoría general de la política*, p. 516.

## *Deberes y la vida política*

No sólo en el ámbito interpersonal cobran importancia los deberes, sino también en el político-social. Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Es decir, el individuo tiene asegurada una esfera propia, a la manera de una barrera infranqueable, la que el Estado —que según la historia es la mayor amenaza para los derechos— no puede forzar, sino respetar. La democracia (una forma de gobierno, si no la mejor, la menos mala de todas), por su parte, tendrá que ser una forma de vida entrelazada tanto por los derechos humanos como por el cumplimiento de deberes y responsabilidades, tanto del hombre común (ciudadano) como del Estado. Pérez Luño abriga la convicción de que la democracia sólo se reafirmará en la medida en que todos los ciudadanos conozcan sus derechos y deberes constitucionales.<sup>117</sup> Como resultado de esta actitud tendremos una vida social en libertad, aunque limitada, y en igualdad, aunque parcial, pues total o absoluta, simplemente es impensable; sería un “ideal absurdo”, como le llama Isaiah Berlin.<sup>118</sup> Al respecto, J. Hervada opina que donde hay libertad no hay fuerza, sino en su caso obligación, que es algo propio del ser racional. La libertad y la obligación suponen el dominio de la persona sobre su ser; sólo el que domina su ser es capaz de decidir entre el sí y el no, y sólo el que domina su ser es capaz de estar obligado, pues la obligación supone la capacidad de decisión. Y obligado para los demás.<sup>119</sup>

117

Si bien es verdad —indica Lipovetsky— que las sociedades modernas se edificaron sobre el fundamento de los derechos soberanos del individuo, también lo es que, al mismo tiempo, magnificaron la obediencia incondicional al deber, la transparencia de la virtud, el imperativo de adherirnos a fines que

<sup>117</sup> Pérez, L. A. E, *Los derechos fundamentales*, p. 172.

<sup>118</sup> Berlin, I., *Conceptos y categorías*, trad. Francisco González, F.C.E., México, 2004, p. 160.

<sup>119</sup> Hervada, J., *op. cit.*, EUNSA, p. 67.

superaban el círculo de los intereses individuales.<sup>120</sup> En otro lugar confirma lo escrito aquí:

Lo que va a fundar la organización social y política, son los derechos inalienables de los individuos. Por lo que el individuo se convierte en el referente mayor de la cultura democrática, cuyos deberes no desaparecen, derivan de los derechos fundamentales, y se convierten en sus correlatos; emanan de ellos en tanto obligaciones de respetarlos.<sup>121</sup>

118

Esos derechos fundamentales obligan tanto a tolerar y respetar otras ideas, otras costumbres y otras libertades, como a castigar y reprimir las violaciones de los mismos. Obligan, en suma —según Victoria Camps—, a luchar por la transformación de las conciencias ajenas a ellos.<sup>122</sup> Lo novedoso de una sociedad democrática —señala Siedentop— es que renuncia a todo tipo de privilegio, basando su ordenamiento legal en los derechos y deberes de los individuos, en lugar de en las pretensiones de las castas, corporaciones o familias.<sup>123</sup> J. Rawls traducirá lo anterior diciendo: para nosotros el primer sujeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, y más exactamente, el modo en que las mejores instituciones sociales distribuyen los derechos fundamentales y los deberes.<sup>124</sup>

En una democracia, o al menos en una democracia que en principio respeta los derechos individuales —señala Dworkin—, cada ciudadano tiene un deber moral general de obedecer todas las leyes, aun cuando podría gustarle que alguna de ellas cambiara.<sup>125</sup> Por ello —indica López Calera—, la democracia debería ser el procedimiento o el método político que permite que el derecho se haga razonable, esto es, que responda más a la fuerza de la razón

<sup>120</sup> Lipovetsky, G., *El crepúsculo del deber*, 4<sup>a</sup> edición, trad. Juana Bignozzi, Anagrama, Barcelona, 1998, p. 24.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>122</sup> Camps, V., *El malestar en la vida pública*, p. 73.

<sup>123</sup> Siedentop, L., *La democracia en Europa*, trads. Antonio Resines y Herminia Bevia, Siglo xxi de España Editores, Madrid, 2001, p. 62.

<sup>124</sup> Rawls, J., *A theory of justice*, p. 6.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 279.

o de las razones socialmente compartidas, que a la mera razón de la fuerza. Más aún, el derecho no debe ser la juridificación de toda una moral, sino la expresión de un mínimo ético, mínimo ético que es lo que se contiene en las Constituciones democráticas. Éstas, a su vez, son la expresión y la determinación de ese mínimo ético, que no es otra cosa que el respeto a los derechos humanos.<sup>126</sup>

Situar a los derechos humanos dentro de la concepción democrática supone también un esfuerzo de clarificación de lo que esto significa. Es necesario establecer las condiciones jurídico-políticas de un régimen democrático para poder situar con propiedad los derechos del hombre. Un planteamiento democrático, desde el punto de vista jurídico-político —según lo expresa el propio Peces-Barba—, supondrá las siguientes exigencias:

119

- a) Legitimación de los gobernantes por medio de elecciones periódicas por sufragio universal.
- b) Estado de derecho, es decir, sometimiento de los gobernantes a la ley, control judicial de sus decisiones y responsabilidad por sus actos.
- c) Separación de poderes con independencia del poder judicial
- d) Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales
- e) Pluralismo.

Esas condiciones son indispensables para una auténtica democracia. Por lo tanto, no existirán derechos humanos sin esas condiciones. Y no se puede prescindir de alguno de esos elementos y seguir pretendiendo estar en una sociedad democrática.<sup>127</sup> Porque si bien es cierto —opina Ara Pinilla— que los derechos humanos no son imaginables sin democracia en su más alto nivel participativo, también lo es que ésta queda desvirtuada si no parte de

<sup>126</sup> López, C. N. M., *Filosofía del derecho*, p. 165.

<sup>127</sup> Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 52.

los derechos humanos, ante todo del derecho originario de libertad, pero también, hoy más que nunca, de su proyección en los derechos de la tercera generación.<sup>128</sup>

Quizá entre estas condiciones se sobreentiende la necesidad de positivación de los derechos humanos; es en otro lugar donde Peces-Barba hace hincapié en ello:

A partir del siglo xix la positivación se considera una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social y no se concibe una implantación de ellos al margen de la positivación. Todos los textos constitucionales, expresión de un poder político democrático, que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios políticos, recogen como derecho positivo a los derechos fundamentales, que se desarrollan, se aplican y se garantizan por otras formas de producción normativa como la ley y la jurisprudencia.<sup>129</sup>

120

Digamos entonces que la vida en sociedad, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes. Es por eso que el Magisterio de la Iglesia en la voz de su representante, el Papa Pablo vi, en 1976, afirmaba que a cada derecho corresponden unos deberes, igual de numerosos e igual de importantes, y nos los afirmamos con el mismo vigor y la misma determinación, porque cualquier separación de los derechos y deberes correspondientes sería causa de desequilibrio y tendría repercusiones negativas para la vida social. Por tal razón conviene recordar que la reciprocidad entre derechos y deberes es esencial: los segundos derivan de los primeros, y viceversa.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Ara, P. I., “Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática”, en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, p. 65.

<sup>129</sup> Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales...*, p. 159.

<sup>130</sup> “Mensaje para la X Jornada de los medios de comunicación social, 11 de abril de 1976”, en Abadía de Solesmes, *op. cit.*, p. 113.

## *Derechos y deberes en los sistemas interamericano e internacional*

La necesidad de vincular derechos y deberes ha tomado tal fuerza, que la conciencia sobre la misma ha trascendido de lo personal, a lo social; y ahora veremos cómo también en el ámbito regional e internacional se ha dado esta toma de conciencia.

Esa toma de conciencia de la imperiosa necesidad de relacionar derechos y deberes se materializó en el ámbito estatal-regional, pues en 1948 tiene lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia, en cuyo “Preámbulo” se encuentra definido su perfil:

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

121

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes del orden jurídico presuponen otros de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Cincuenta años después de este documento y de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la 85<sup>a</sup> sesión plenaria, el 9 de diciembre de 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, lo que hasta entonces —la relación derecho-deber— sólo abarcaba el ámbito regional, adquirió entonces categoría internacional; lo que sólo se mantenía y obligaba a nivel de individuos, se hizo extensivo a los grupos e instituciones.

Una vez que fue aprobada la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuo, “se invita a los gobiernos, a los organismos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos por difundir la Declaración, promover el respeto universal hacia ella y su comprensión<sup>131</sup>.

Puedo decir, incluso, que esta tendencia a nivel mundial a vivir vinculados derechos y deberes se afianza desde otro punto de vista: el del Magisterio de la Iglesia, debido a que los mensajes y documentos en los que transmite y expone sus verdades y principios fundamentales —independiente de cualquier diferencia: por credo, raza, cultura, sexo, religión, etc.— tienen como destinatarios a todos los hombres de buena voluntad, no solamente los católicos. En 1963, el pontífice Juan XXIII, en la encíclica *Pacem in terris*, manifiesta la fuerza que debe unirlos y la relación que debe darse entre los derechos y los deberes: “Los derechos naturales están unidos en el hombre que los posee con otros tantos deberes, y unos y otros tienen en la ley natural, que los confiere o los impone, su origen, mantenimiento y vigor indestructible”.<sup>132</sup> “Por ello, para poner algún ejemplo, al derecho del hombre a la existencia corresponde el deber de conservarla; al derecho a un decoroso nivel de vida, el deber de vivir con decoro; al derecho de buscar libremente la verdad, el deber de buscarla cada día con mayor profundidad y amplitud”.<sup>133</sup> Termina diciendo el pontífice:

Es asimismo consecuencia de lo dicho que, en la sociedad humana, a un determinado derecho natural de cada hombre corresponda en los demás el deber de reconocerlo y respetarlo. Porque cualquier derecho fundamental del hombre deriva su fuerza moral obligatoria de la ley natural, que lo confiere e impone el correlativo deber. Por tanto, quienes, al reivindicar sus derechos,

<sup>131</sup> Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/40/pr/pr38.pdf>, consulta 24 de marzo de 2010.

<sup>132</sup> AA.VV, *Comentarios a la Pacem in terris*, pgrf. n. 28, BAC, Madrid, 1963, p. 12.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pgrf. n. 29.

olvidan por completo sus deberes o no les dan la importancia debida, se asemejan a los que derriban con una mano lo que con la otra construyen".<sup>134</sup>

### *Postura personal*

Apoyado en Massini Correas, sostengo que tanto el sentido común como el análisis racional de los derechos patentizan claramente que no es posible pensar en uno de ellos sin suponer un necesario deber jurídico de otro u otros sujetos jurídicos: que éste o estos sujetos deudores sean a veces difícilmente determinables no argumenta absolutamente nada en contra de esta afirmación. Sin esta correlatividad, los intereses que buscan protección pueden pasarse sin ellos, ya que no habrá otra persona cuya responsabilidad pueda quedar obligada.<sup>135</sup>

123

Por otro lado, somos conscientes de que todo hombre es plenamente hombre, cualesquiera que sean sus condiciones de existencia. Por ello, el derecho primigenio, originario del hombre como tal, de ser hombre, de ser persona, está fundamentado sobre aquello que lo eleva por encima de su existencia natural, física o relativa, sobre lo que en él hay de espiritual y racional. Es por esto que el *humanismo* —señala Bernard Bourgeois— es en el nivel del derecho, el principio que determina el contenido de éste, como aquello que reconcilia a todos los hombres en el reconocimiento a cada uno de una existencia exteriormente libre.<sup>136</sup> Esa existencia fincada en su ser se desenvuelve, en la mayoría de los casos, ejercitando su libertad en torno a ciertas exigencias que requieren ser atendidas y satisfechas, bajo el rostro de derechos.

Pero al hablar de libertad, vivida por el hombre en un buen número de derechos, no debemos olvidar la también correlativa obligación de responder

<sup>134</sup> *Ibidem*, pgrf. n. 30.

<sup>135</sup> Massini, C., *Filosofía del Derecho*, t. 1, *El derecho, los derechos y el derecho natural*, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 103.

<sup>136</sup> *Filosofía y los derechos del hombre*, trad. Jorge A. Díaz, Embajada de Francia-Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2003, p.20.

frente al bien de los demás, que también son seres humanos, y lo tendremos que hacer con el cumplimiento de los deberes que brotan de los mismos derechos que exigimos para nosotros como seres humanos individuales. Al expresarnos de esta manera no estamos marcando máximos de comportamiento ni exigencias de caridad y amor al prójimo, sino solamente mínimos de justicia que nos pide la convivencia social. Por ello, estoy de acuerdo con Fagothey, al afirmar que el derecho está limitado por el deber. Puedo ejercer mi derecho hasta el punto en que mi deber para con los demás lo invalida. Los derechos y los deberes son correlativos y complementarios. El que tengan que ser así, se sigue de la inviolabilidad moral del derecho. Si tengo un derecho, todos los demás tienen la obligación de respetarlo; en esta forma, el término de derecho se convierte en sujeto de un deber. En la misma proporción, si tengo un deber, alguien otro tiene un derecho a la cosa que debo hacer u omitir. Más aún, si tengo un deber, tengo también el derecho de cumplirlo y de hacer todas las cosas necesarias para cumplirlo; de otra manera, no podría ser un verdadero deber.<sup>137</sup>

Alasdair MacIntyre ha dicho que de cualquier modo, positivo o negativo, que se invoquen los derechos humanos, se sobreentiende que atañen por igual a cualquier individuo, cualquiera que sea su sexo, raza, religión y poco o mucho talento, y que proveen de fundamento a multitud de opciones morales concretas;<sup>138</sup> las que, sin embargo, por muy personales que sean, trascenderán a la convivencia civil, a la que sólo puede juzgarse ordenada, fructífera y congruente con la dignidad humana —sostiene Juan xxiii— si se funda en la verdad. Esto ocurrirá cuando cada cual reconozca no sólo los derechos que le son propios, sino también los deberes que tiene para con los demás; porque todo ciudadano siendo racional por naturaleza, resulta, por lo mismo, responsable de sus acciones".<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Fagothey, A., *Ética. Teoría y aplicación*, trad. Carlos Gerhard Ottenwaelder, Interamericana, México, 1981, p. 187.

<sup>138</sup> MacIntyre, A., *op. cit.*, p. 95.

<sup>139</sup> *Pacem in terris*, n. 35, en AA.VV., *Comentarios a la Pacem in terris*, BAC, Madrid, 1963, pp. 14-15.

Hemos escrito que no insistir en los deberes de la misma forma como lo hacemos sobre los derechos es una de las razones por las cuales tenemos un México y un mundo como el que ahora vivimos. Por lo cual, sin caer en mediocridades ni en conformismos, sugiero un mínimo de justicia, que si lo pusiéramos en práctica, tendríamos un mundo mejor: si debo tratar al otro como quiero que me traten, no debo hacer al otro lo que no quiero que me hagan. En palabras llanas, W. D. Ross indica que un derecho de un ser frente a otro es un derecho a tratar a ese otro o a ser tratado por él de cierta manera, y esto implica claramente el deber del otro de comportarse de cierta manera.<sup>140</sup>

## Democracia y tolerancia

125

¿Por qué hablar hoy de la tolerancia? Porque los seres humanos somos iguales y diferentes a la vez. La respuesta quizá parezca muy simple, pues esto existe desde el comienzo de los tiempos. Sin embargo, atrás de cada uno de estos conceptos se esconde en la vida diaria toda una serie de fenómenos y de hechos reprobables e inaceptables que obligarían a hacernos más bien estas otras preguntas: ¿Por qué no hablar de ella? ¿Por qué la olvidamos y no la practicamos? Muy bien se expresa M. Walzer cuando escribe: ningún régimen de tolerancia funcionará durante mucho tiempo en una sociedad de inmigrantes, pluralista, moderna o posmoderna sin cierta combinación de las dos cosas siguientes: una defensa de las diferencias de grupo y un ataque a las diferencias de clase.<sup>141</sup>

Lo anterior se fundamenta en la aceptación de que si la verdad y los valores absolutos son inaccesibles al conocimiento humano, ha de considerarse posible al menos no sólo la propia opinión, sino también la ajena y aun la

<sup>140</sup> Ross, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, trad. Leonardo Rodríguez, Sígueme, Salamanca, 1994, p. 64.

<sup>141</sup> Walzer, M. *Tratado sobre la tolerancia*, trad. de Francisco Álvarez, Paidos, Madrid, 1998, 122.

contraria. De ahí que la democracia, si quiere ser tal, debe conceder igual estima a la voluntad política de cada uno, porque todas las opiniones y doctrinas políticas son iguales para ella, por lo cual les concede idéntica posibilidad de manifestarse y de conquistar las inteligencias y voluntades humanas en un régimen de libre concurrencia. Por consiguiente, la democracia para Todorov no se define por una indiferente tolerancia con respecto a todas las ideas. Le son afines el diálogo y no la violencia, la argumentación racional y no la adoración de algún carismático jefe de Estado, la acción voluntaria y no el sometimiento fatalista a las tradiciones, las nociones de universalidad e igualdad y no el culto de los particularismos.<sup>142</sup> Más aún, la democracia debe tenerse como el ambiente socio-político propicio, donde es posible defender el derecho de los individuos a expresar libremente su opinión. Por ello, Kelsen opina que “sólo puede alzarse la tolerancia dentro de un sistema legal establecido que garantice la paz al prohibir y prevenir la libertad de expresión pacífica. La tolerancia implica libertad de pensamiento. Los ideales morales se encuentran comprometidos —termina diciendo— por la intolerancia de los que luchaban por ellos”.<sup>143</sup> Ésta es razón por la que Greblo insiste en que es necesario que el Estado democrático promueva la participación en la vida política, favoreciendo la libertad de expresión pública de las opiniones, en tanto el saldo general de bienestar crece paralelamente al intensificarse las facultades individuales que se verifican en un contexto de discusión libre y pública.<sup>144</sup>

Victoria Camps sostiene que la tolerancia es la virtud de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone el ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia conduce directamente al totalitarismo.<sup>145</sup> En la democracia —como es obvio— se

<sup>142</sup> Todorov, T, *El hombre desplazado*, p. 238.

<sup>143</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, p. 61.

<sup>144</sup> Greblo, E, *Democracia*, trad. Guillermo Piro, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 94.

<sup>145</sup> Camps, V., *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 2003, p. 81.

acepta y se respeta la disidencia, a tal grado, que se puede sostener que tolerar la disidencia es democracia. Es, en alguna medida —como indica Pilar Allegue—, la legitimación de la disidencia.<sup>146</sup> La libertad, a su vez —como indica E. Díaz—, entendida como eje y fundamento de la legitimidad, lleva al reconocimiento y respeto de las diferencias personales, pero, a la vez, implica como lógica exigencia una básica igualdad —la libertad es la diferencia más la igualdad— y ello tanto en el ámbito de la igualdad en la libertad como en el de la libertad en la igualdad.<sup>147</sup> La tolerancia en su sentido genuino —señala Tejedor— no es pues autodestructiva, ni se basa simplemente en la consideración de un hombre *abstracto*, sino que antes bien es una virtud que permite una valoración y una aceptación responsable de las diferencias reales entre los hombres y sus diferentes sistemas de creencias dentro de unos límites morales, más allá de los cuales tolerar determinados actos se convertiría en un acto de barbarie.<sup>148</sup>

127

Es un hecho que el grado de libertad con el que se conduzcan los miembros de una sociedad, se constituye en un termómetro para percibir también en qué grado se vive la democracia. Razón por la cual Kelsen sostiene: “La democracia es una forma de gobierno justa por el mero hecho de que garantiza la libertad individual”, y la libertad significa tolerancia.<sup>149</sup> Por ello, cuando la democracia deja de ser tolerante, deja de ser democracia; la tolerancia distingue la democracia de la tecnocracia.<sup>150</sup> Kaufmann, por su parte, señala que en la democracia rige la *ley de la mayoría*. La mayoría lo puede todo, a excepción de dos cosas: ella no puede eliminar el propio principio de la mayoría, y con él la democracia, y no puede abolir los derechos humanos y fundamentales, pues éstos valen pre-estatalmente, el Estado no los otorga, sino únicamente los protege.<sup>151</sup> La prioridad de los derechos subjetivos es de

<sup>146</sup> “Sobre tolerancia: Una pequeña virtud política, ¿de Derechas o de Izquierdas?”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, núm. 5, año II, julio-diciembre, 1995, p. 176.

<sup>147</sup> Cfr., Díaz, E., *De la maldad estatal a la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 51-52.

<sup>148</sup> *Op. cit.* p. 9.

<sup>149</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, p. 45.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>151</sup> Kaufmann, A., *Filosofía del derecho*, p. 517.

la mayor importancia política; ya lo había dicho Kelsen: “por lo mismo, si el orden jurídico no puede crear, sino únicamente garantizar la existencia de los derechos subjetivos, tampoco podrá destruirlos”.<sup>152</sup> De esta manera, Rawls sostiene que el Estado no se ocupa de doctrinas filosóficas ni religiosas, sino que debe regular la búsqueda que hacen los individuos de sus intereses morales y espirituales conforme a principios con los que ellos estarían de acuerdo en una situación de igualdad.<sup>153</sup>

Respecto a lo anterior, Isaiah Berlin pregunta que si las democracias sin dejar de serlo, pueden suprimir la libertad, ¿qué es lo que haría verdaderamente libre a una sociedad? A lo que responde:

128

una sociedad no es libre a no ser que esté gobernada por dos principios que guardan relación entre sí: primero, que solamente los derechos, y no el poder, pueden ser considerados como absolutos, de manera que todos los hombres cualquiera que sea el poder que los gobierne, tienen el derecho absoluto de negarse a comportarse de una manera que no es humana; y, segundo, que hay fronteras: derechos naturales, la Palabra divina, la Ley natural, las exigencias que lleva consigo la utilidad; dentro de las cuales los hombres deben de ser inviolables.<sup>154</sup>

Si la democracia se relaciona necesariamente con la tolerancia, esto es, si ella acepta e incluso favorece la diversidad de puntos de vista y la libre concurrencia y expresión de éstos en el interior de la sociedad; si la democracia, en una palabra, es discusión, se trata, entonces —según Squella Narducci—, de una forma de gobierno en la que existen condiciones casi óptimas para que los juristas, sin restricciones externas a su trabajo, puedan llevar a cabo la crítica de lo dado o puesto como derecho.<sup>155</sup> En el lado opuesto, el aumento de la intolerancia frente a las opiniones disidentes es un indicio del

<sup>152</sup> Kelsen, H., *Teoría general del derecho y el Estado*, p. 93.

<sup>153</sup> Rawls, J., *Teoría de la justicia*, p. 202.

<sup>154</sup> *Op. cit.*, pp. 271-272.

<sup>155</sup> Squella, N. A., “Democracia y derecho”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 516.

deterioro de la vida democrática. De igual manera contribuyen a este deterioro —observa Todorov— los procedimientos usados por los enemigos de la democracia: demagogia, manipulación de la opinión pública y oscuridad en las decisiones.<sup>156</sup> Por este motivo, sostenemos con Gregorio Peces-Barba, “el rasgo ético con reflejo político y jurídico, que está en el origen de la tolerancia y en el fundamento de la libertad individual es el pluralismo ideológico”.<sup>157</sup> De esto se desprende que a las mayorías se les exige respeto a la opinión de las minorías, y a éstas, la aceptación del voto de las mayorías, lo cual no les obliga de ninguna manera a renunciar a su opinión divergente. Por esto, una democracia pluralista no puede subsistir ni vivir en libertad sin tolerancia entre la mayoría y las minorías. De ahí que la tolerancia ha de entenderse —propone I. Fetscher— como un criterio ético para determinar la capacidad de tradición de la actividad política.<sup>158</sup>

129

El pluralismo en sus múltiples manifestaciones se ha constituido en un fenómeno trascendente para la tolerancia que —según Peces-Barba— puede ser estudiado desde dos puntos de vista: ideológico y estructural. Desde el primero, el pluralismo es la constatación de una diversidad, contraria a cualquier unidad de pensamiento, que no es posible si es espontánea y rechazable si es forzada. La aceptación y afirmación del pluralismo supone la exigencia de libertad para exponer y defender las propias convicciones con respeto a los demás, y la creencia de que es el único camino que puede realmente solucionar las tensiones sociales y políticas. Desde el punto de vista estructural, el pluralismo es el reconocimiento de la autonomía de las sociedades y comunidades menores (frente al Estado) con sus derechos y su autoridad propia, que se convierte así en uno de los frenos más eficaces para que el crecimiento normal del Estado no se convierta en invasión totalitaria.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Todorov, T., *El nuevo desorden mundial*, p. 67.

<sup>157</sup> Peces-Barba, G., *Ética, poder y derecho*, p. 81.

<sup>158</sup> Fetscher, I., *La tolerancia. Un pequeña virtud imprescindible para la democracia*, trad. Nélida Machain, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 137.

<sup>159</sup> Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales...*, p. 53.

Existe un consenso más o menos generalizado en que uno de los fundamentos más importantes de la democracia es el pluralismo, y para que éste pueda darse es necesaria una cierta tolerancia, mas no la llamada *negativa*, es decir, una actitud personal que consiste en el simple soportar aquello que nos disgusta; sino más bien la *positiva*, aquella que valora la alteridad y que es capaz de reconocer los límites —dice Tejedor— que separan lo tolerable de lo que es intolerable. La verdadera tolerancia, si ha de ser una virtud democrática, no puede dejar de ser intolerante con aquellos actos que atentan contra la persona.<sup>160</sup> Hoy en día es necesario definir cuáles son los límites de la tolerancia que hacen de ella una auténtica —Fetscher le llama ‘pequeña’— virtud imprescindible para la democracia.<sup>161</sup> Porque de igual modo que la libertad no es tal si no tiene un contenido moral que le impone unos límites, más allá de los cuales se convierte en licencia; la tolerancia es una virtud desde el momento que conlleva unos criterios morales que definen lo que es tolerable y lo que en ningún caso debemos tolerar. Al mismo tiempo, hay que insistir en que la verdadera tolerancia sólo puede darse en condiciones de libertad y de igualdad, valores que asimismo se constituyen en *conditio sine qua non* de toda democracia, como veremos en seguida. Por eso, hoy día —indica V. Camps— no podemos reclamar la tolerancia ni como un principio jurídico ni como una mera actitud privada, sino más bien como una virtud pública subordinada a las exigencias de la justicia.<sup>162</sup>

J. Maritain, adelantándose a su tiempo, en 1951, después de evidenciar el anhelo siempre vivo y permanente en todos los corazones de unificar a los hombres en la paz y en las convicciones comunes respecto a los fines y principios fundamentales de la vida y la sociedad humanas, desvanecido por las catástrofes mundiales recién acaecidas, decía que “una democracia genuina importa un acuerdo fundamental de las opiniones y las voluntades sobre las bases de la vida común; ha de tener conciencia de sí y de sus principios, y deberá ser capaz de defender y promover su propia concepción de la vida

<sup>160</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, n. a pie de p. núm. 198.

<sup>162</sup> Camps, V., *Virtudes públicas*.

política y social. Esta democracia renovada y ‘personalista’ será de tipo *pluralista*”.<sup>163</sup>

En la actualidad, Alain Touraine, quien está a favor de la democracia representativa, en consonancia con la idea anterior de Maritain sobre el pluralismo, señala que “la democracia exige en primer lugar, la representatividad de los gobernantes, es decir, la existencia de actores sociales de los que los agentes políticos sean los instrumentos, los representantes. Y como la sociedad civil está hecha de una pluralidad de actores sociales, la democracia no puede ser representativa sino siendo *pluralista*”.<sup>164</sup> García Marzá, de acuerdo con lo anterior, hace una distinción muy precisa: “una sociedad plural no es aquella en la que todos los valores ‘valen’ por igual. Más bien al contrario, una sociedad plural es posible si y sólo si existe un núcleo común, un entramado compartido de valores y normas, cuyo reconocimiento es condición de posibilidad del mismo orden democrático”.<sup>165</sup>

131

La democracia, como sistema de autogobierno de una sociedad política —indica López Calera— está fundada en la convicción de que solamente desde un esfuerzo conjunto de tolerancia por parte de todos los integrantes de esa sociedad, será posible encontrar principios y valores comunes, compatibles de manera mayoritaria, que hagan posible una convivencia justa y pacífica. Sobre valores no caben unanimidades. Sobre las preferencias morales son posibles toda clase de alternativas. La democracia es el método que con mayor racionalidad y respeto por la libertad hace posible concluir consensos éticos y políticos para la convivencia.<sup>166</sup> De esta manera, la democracia promueve la posibilidad de que diferentes concepciones del mundo y de la vida puedan convivir o coexistir. Las democracias son por definición tolerantes. La tolerancia, por su parte —señala el mismo autor—, es un valor

<sup>163</sup> Maritain, J., *El hombre y el Estado*, trad. Manuel Gurrea, Club de Lectores, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 130.

<sup>164</sup> Touraine, A., *op. cit.*, p. 43.

<sup>165</sup> “Desobediencia civil”, en A. Cortina (directora), *op. cit.*, p. 109.

<sup>166</sup> López, C. N. M., *Filosofía del Derecho*, p. 198.

central de toda auténtica democracia y, por supuesto, de una teoría democrática de la justicia.<sup>167</sup>

La democracia descansa —según Welzel— en la idea fundamental de la tolerancia recíproca, no de la tolerancia unilateral, y el mismo principio de la mayoría está subordinado a aquella idea. En este sentido, la democracia es una *société ouverte* (sociedad abierta). Uno de sus elementos integrantes es el aseguramiento de la libertad frente a aquellos grupos que pretenden utilizar la tolerancia para aniquilar la libertad.<sup>168</sup>

132

En 1998, el secretario de Naciones Unidas, Kofi Annan, decía: “La tolerancia, base de la sociedad civil y de la paz, nos permite ver en la diversidad de culturas no un obstáculo para el respeto de los derechos humanos o, lo que es peor, una justificación para las violaciones que de ellos se cometan, sino una fuente de riqueza en la que todos debemos beber”.<sup>169</sup> Estas palabras nos hacen pensar en el cambio de objeto de la tolerancia; si antes eran las diferencias religiosas, ahora son las diferencias etnoculturales las que son objeto de atención prioritaria desde la tolerancia. De ahí que Manuel Toscano conciba la tolerancia como una actitud resueltamente afirmativa ante el pluralismo, que nos lleva a contemplar la diversidad como una fuente de riqueza más que de dificultades.<sup>170</sup> Ahora bien, si la intolerancia la podemos describir en forma sencilla como el rechazo de las diferencias entre las personas y las culturas; la tolerancia, por su parte, es el reconocimiento y la aceptación tanto de las diferencias entre personas como de la diversidad cultural, así quedó establecido en el artículo 1.1 de la Declaración de Principios sobre la Tolerancia de la UNESCO, del 16 de noviembre de 1995: “La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser huma-

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>168</sup> *Op. cit.*, p. 340.

<sup>169</sup> “Los derechos humanos, urdimbre de nuestras vidas”, *El País*, 10 de diciembre de 1998, p. 13.

<sup>170</sup> “La tolerancia y el conflicto de razones”, en C. J. Rubio, J. María Rosales y M. M. Toscano, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, p.172.

nos”.<sup>171</sup> También se nos presenta como una actitud que requiere apertura de espíritu y apreciación de la variedad, porque como el texto deja muy en claro, en absoluto ha de entenderse la tolerancia como concesión o condescendencia o indulgencia. Ante todo, “la tolerancia es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás” (1.2.).

Es un hecho que en las democracias rigen las decisiones de la mayoría, pero dichas decisiones no pueden convertirse en decisiones absolutas. Esa pretensión desembocaría en la negación de su condicionamiento. En otras palabras, los miembros de las agrupaciones mayoritarias no pueden tener la absoluta certeza de que sus decisiones son las más correctas; sino que deben reconocer, por principio, su propia capacidad de errar, así como la posibilidad de que la opinión de la minoría sea la acertada. De modo que las mayorías deben tener capacidad de tolerancia. Por consiguiente, donde no se practica esta tolerancia política —opina I. Fetscher—, las minorías pueden verse obligadas a pasar a la clandestinidad política. Por lo que la exigencia de la tolerancia de la mayoría para con la minoría es algo más que un principio formal.<sup>172</sup>

133

## Democracia y libertad, tolerancia y desigualdad

Hemos dicho que la libertad es uno de los grandes valores de la democracia. A su vez, la virtud de la libertad es la tolerancia. Ser tolerante —indica Bilbeny— es el esfuerzo que hace realidad al principal valor de la democracia que es la libertad. Esta forma de gobierno ha de ser la expresión de los que han rechazado las aspiraciones y los métodos de la intransigencia. Por eso la tolerancia no es exclusiva de los países o tradiciones ‘liberales’ que empeza-

<sup>171</sup> Declaración de la UNESCO sobre la Tolerancia, 16 de noviembre de 1995, disponible en: <http://www.foroermua.com/htm/modules.php>, consulta 19 de septiembre de 2009.

<sup>172</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 137-139.

ron al mismo tiempo que se trataba de poner fin a las sangrientas guerras de religión. Valores parecidos a la tolerancia, como la piedad, la misericordia o la compasión, se encuentran en todas las sociedades y sirven igualmente al ideal democrático de vivir sin ser discriminado ni tampoco discriminar.<sup>173</sup>

La libertad no puede existir sin la tolerancia y ésta sin la intolerancia a los intolerantes. Por consiguiente, la tolerancia tiene entre sus límites no tolerar a quienes quieren acabar con ella: ser anti-intolerantes. Por congruencia consigo misma, la tolerancia no puede transigir con los intransigentes que la amenazan. Por ello, la democracia sería contradictoria consigo misma si respetara aquello que empieza por no respetar el primero de sus valores, la libertad.

134

En 1993, Federico Mayor<sup>174</sup> indicaba que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se señala que la violencia puede ser consecuencia de la represión de las aspiraciones democráticas, del mismo modo que puede ser el resultado de la intolerancia. Una de las funciones principales de la democracia es facilitar el cambio político y establecer una mediación no violenta entre las diferencias políticas. Así, el elemento de la democracia se articula íntimamente con la paz, los derechos humanos y la tolerancia.<sup>175</sup> Por ello, señala Hans Küng, el Estado liberal-democrático debería ser, por su propia naturaleza, neutral en cuanto a la concepción del mundo. Esto significa que debe tolerar la diversidad de religiones y confesiones, de filosofías e ideologías. Lo cual supone, sin duda, un increíble avance en la historia de la humanidad, de modo que hoy se percibe en todas partes una inmensa añoranza por la libertad y los derechos humanos, que ningún intelectual que haya disfrutado de la libertad de Occidente debería descalificar como típicamente occidental.<sup>176</sup> Habermas, si bien acepta la actitud neutral del Estado en cuestión de convicciones subjetivas y confesionales, protegidas

<sup>173</sup> Bilbeny, N., *op. cit.*, p. 42.

<sup>174</sup> En ese entonces, director general de la UNESCO.

<sup>175</sup> “La tolerancia, umbral de la paz”, Francia, UNESCO, 1994.

<sup>176</sup> Küng, H., *Proyecto de una ética mundial*, 3<sup>a</sup> edición, trad. Gilberto Canal Marcos, Trotta, Madrid, 1995, p. 45.

por los derechos fundamentales de sus ciudadanos, no se comporta en modo alguno de forma neutral frente a los fundamentos morales intersubjetivamente reconocidos de la legalidad y de obediencia al derecho.<sup>177</sup>

El otro valor que está en la base de la democracia, y por lo tanto, en estrecha relación con la tolerancia, es la igualdad. Porque es evidente que sólo podré ser tolerante respecto a los otros seres humanos si desde el principio afirmo y sostengo que todos participamos de una misma esencia y que gozamos de la misma dignidad; y por lo mismo, que los otros son tan dignos de respeto como yo. La igualdad de todos los hombres, dogma fundamental de la fe democrática, es igualdad en tanto que personas, no en cuanto a cualidades o caracteres; igualdad no es uniformidad. Es por el contrario, el supuesto que permite aceptar las diferencias de los otros, la rica complejidad humana y no sólo la del presente, sino la del porvenir. De esto tiene que alimentarse la tolerancia y en ello ha de fundamentarse, cuánto más que hoy vivimos en un mismo pueblo, una diversidad lingüística, cultural, religiosa, étnica, etc., a gran escala, con lo cual se podría vivir el *lado humanista* de la tolerancia y de la democracia, en palabras de Todorov.<sup>178</sup> Ahora nos parece un hecho indudable —señala Salmerón— que la política del reconocimiento de grupos sociales sólo puede hallar su verdadera dimensión en una sociedad plenamente democrática o que esté en el camino de alcanzar tal plenitud. Nadie cuestionará tampoco que estos logros son resultado de un largo proceso histórico de cambios sociales y políticos.<sup>179</sup>

135

En un mundo atravesado por intercambios culturales intensos —señala Tournaine— no hay democracia sin reconocimiento de la diversidad entre las culturas y las relaciones de dominación que existen entre ellas. La dificultad de construir una sociedad multicultural es la que enfrenta toda empresa democrática: es preciso combinar un movimiento liberador, siempre cargado de rechazo, con el reconocimiento del otro y el pluralismo. Una sociedad

<sup>177</sup> Habermas, J., *Ensayos políticos*, pp. 90-91.

<sup>178</sup> Todorov, T., *Las morales de la historia*, trad. Marta Bertrán A, Paidós, Barcelona, 1993, p. 177.

<sup>179</sup> “Ética y diversidad cultural”, en O. Guariglia (ed.), *Cuestiones morales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 104.

multicultural muy lejos de romper con el espíritu democrático, que se basa en el universalismo individualista, es la consumación de la idea democrática, como reconocimiento de la pluralidad de intereses, opiniones y valores.<sup>180</sup> Precisamente hoy, en el debate filosófico-político sobre los derechos humanos, se ha planteado una confrontación entre la política de la dignidad igualitaria y la política de la diferencia. Se ha dicho —anota Encarnación Fernández— que la idea de igual dignidad ha dado lugar a una política que insiste en la igualdad de todos los ciudadanos y en la uniformidad de los derechos, olvidando el derecho a las diferencias.<sup>181</sup> Precisamente, Danilo Martucelli escribe: La igualdad, orientada sobre derechos universalizables supone ignorar, de una manera u otra, las diferencias entre los individuos ante un objetivo particular y considerar a las personas diferentes como equivalentes (pero no forzosamente idénticas) para un propósito determinado.<sup>182</sup> De ahí que, muchas veces, las demandas de igualdad apuntan a generar el reconocimiento de la legitimidad de ciertas diferencias no reconocidas. Pero lo primero que hay que reconocer es el derecho de todo ser humano a ser diferente. En nuestra relación con los otros deberíamos tener como guía —sostiene Ryszard Kapuscinski— la idea de conocerlo para comprenderlo, la idea de aceptación de la diferencia y la alteridad como rasgos inherentes al género humano.<sup>183</sup>

Con la justicia, hablando en escala de mínimos, sabemos, se da la igualdad. Por ello, una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer —había señalado Radbruch— para algunos casos y para algunos hombres, no sería derecho, sino arbitrariedad. Esta idea tiene en la realidad jurídica fuerza suficiente para obligar al interés y a la arbitrariedad, por lo menos, a revestirse de forma jurídica.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> Touraine, A., *¿Podremos vivir juntos?*, trad. Horacio Pons, F.C.E., México, 2003, p. 203.

<sup>181</sup> Fernández, E., *Equalidad y derechos humanos*, p. 180.

<sup>182</sup> “Las contradicciones políticas del multiculturalismo”, en M. D. Gutiérrez (coord.), *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*, 2<sup>a</sup> edición, UNAM, Col. de México, Siglo XXI, México, 2007, p. 136.

<sup>183</sup> Kapuscinski, R., *Encuentro con el otro*, trad. Agata Orzeszek, Anagrama, Barcelona, 2007, p. 49.

<sup>184</sup> Radbruch, G., *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 244.

Tal es la importancia y trascendencia de reconocer el peso de la igualdad dentro de las diferencias, o de ser diferentes viéndonos como iguales, que si la sociedad no se concibe como una comunidad diferenciada cuyos elementos se mantienen unidos mediante una solidaridad orgánica, es más probable que la libertad de cada uno y la igualdad de todos o simplemente la disminución de las desigualdades combatan entre sí en vez de completarse. Las diferencias, tanto individuales como grupales —señala Victoria Camps— han de ser salvadas y defendidas de intromisiones y alienaciones, siempre y cuando, al mismo tiempo, se preserven y queden garantizados los contenidos básicos de la justicia, la dignidad o la humanidad. Las marginaciones, opresiones, discriminaciones y torturas históricamente denunciadas no deben repetirse ni reproducirse. No hay ni tiene por qué haber diferentes justicias.<sup>185</sup>

137

En relación con lo anterior, argumenta Calsamiglia: cuando decimos que todos los hombres son iguales no estamos describiendo lo que ocurre en el mundo, que todos los hombres tienen más o menos las mismas capacidades o el mismo talento, sin distinciones de razas ni de sexos. En realidad, somos muy conscientes de que existen diferencias entre los hombres y difícilmente podemos encontrar dos que tengan cualidades idénticas. Por tal razón, el principio de igualdad no es un principio descriptivo de la realidad social, —es normativo— sino que es una exigencia, nos indica cómo deben ser los hombres en una sociedad justa. Poco importa que los hombres tengan capacidades naturales diferentes. La igualdad es una exigencia del pensamiento político contemporáneo.<sup>186</sup> Sin embargo, Pilar Allegue entiende por tolerancia un método de persuasión, un instrumento o punto de partida en el que la libertad es un presupuesto y que se pretende alcanzar la igualdad. Los problemas en el ámbito occidental son hoy más agudos por las desigualdades que por falta de libertad, lo cual probaría que la tolerancia es una propiedad posicional, relacional, entiendo, con fuerte incidencia en la de-

<sup>185</sup> “El derecho a la diferencia”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>186</sup> Calsamiglia, A., “Sobre el principio de igualdad”, en J. Muguerza *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, p. 98.

mocracia como sistema político plural, participativo y con finalidades de interés común.<sup>187</sup>

El valor de la igualdad proporciona —como dijimos— un fundamento para la práctica de la tolerancia: hay que reconocer que los hombres son iguales para admitir que permanecen distintos. La igualdad no se opone a las diferencias sino a las desigualdades, dice Encarnación Fernández, porque la igualdad supone el respeto a las diferencias y la lucha contra las desigualdades. Respeto de las diferencias porque sean cual sean sus rasgos comunes o distintivos, todos los seres humanos deben ser tratados como iguales. Esto se concreta en el reconocimiento a todos ellos de la titularidad de los derechos humanos.<sup>188</sup>

138

Aristóteles vio en su tiempo estos dos valores relacionados con la democracia de la siguiente manera:

La primera forma de democracia es la que se funda principalmente en la igualdad. Y la ley de tal democracia entiende por igualdad que no sean más en nada los pobres que los ricos, no dominen los unos sobre los otros, sino que ambas clases sean semejantes. Pues si la libertad, como suponen algunos, se da principalmente en la democracia, y la igualdad también, esto podrá realizarse mejor si todos participan del gobierno por igual y en la mayor medida posible. Y como el pueblo constituye el mayor número y prevalece la decisión del pueblo, este régimen es forzosamente una democracia.<sup>189</sup>

L. Ferrajoli entiende que los derechos universales de libertad deben ser considerados como ‘derechos a la diferencia’ que implican lógicamente un deber, también universal, de tolerancia ante las diferentes identidades individuales; por su parte, los derechos sociales tienen que interpretarse como derechos ‘a la igualdad’ que implican el deber, sobre todo de parte de los po-

<sup>187</sup> “Sobre tolerancia: una pequeña virtud política...”, en *Derechos y deberes*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 1995, núm. 5, año II, p. 180.

<sup>188</sup> Fernández, E., *Equaldad y derechos humanos*, p. 20.

<sup>189</sup> Aristóteles, *Política*, 1291b, *op. cit.*

deres públicos, de tratar a cada individuo como una persona igual a los demás por lo que hace a las necesidades esenciales y a los intereses vitales.<sup>190</sup> A partir de una concepción como ésta, fruto del momento más evolucionado del constitucionalismo, resulta justificada, o más bien obligatoria —señala Michelangelo Bovero— la no-tolerancia —la intransigencia— frente a cualquier lesión a los derechos fundamentales: respecto a violaciones de los derechos políticos y sociales, la intransigencia será una reacción en contra de la exclusión de cualquier individuo del grupo de las personas; respecto a las violaciones de los derechos de libertad, considerados como ‘derechos a la diferencia’, la intransigencia se revelará específicamente como un mecanismo de defensa de las diferencias de frente a los intolerantes y, consecuentemente, como una manifestación activa de la tolerancia. Pero obviamente —termina diciendo— sería contradictorio defender la ‘diferencia’ de convicciones y convenciones que permitan y justifiquen comportamientos lesivos de los propios derechos fundamentales, respecto de los cuales tenemos el deber de la intransigencia.<sup>191</sup>

139

En apoyo a la idea anterior, bien entendida, la tolerancia —escribe I. Fetscher— no significa indiferencia hacia los demás, sino el reconocimiento de sus diferencias y de su derecho a ser diferentes. La tolerancia es una actitud que debería practicar tanto el individuo como el grupo social, tanto el gobierno como la opinión pública.<sup>192</sup> No obstante esto, la tolerancia —indica Javier de Lucas— debe ser un régimen provisional, porque en sí encierra siempre algo ofensivo; desde el momento en que la conducta tolerada es siempre un <<mal permitido>>.<sup>193</sup> Opinión muy válida y respetable, sin embargo, es más aconsejable pensar con César Tejedor de la Iglesia, que la tolerancia no es nunca aceptación indiferente de lo extraño, sino que se basa en unos valores

<sup>190</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 906.

<sup>191</sup> “La intransigencia en el tiempo de los derechos”, disponible en: [http://www.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/ isonomia13\\_08.pdf](http://www.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/ isonomia13_08.pdf), consulta 3 de abril de 2009.

<sup>192</sup> Fetscher, I., *op. cit.*, p. 143.

<sup>193</sup> “¿Para dejar de hablar de la tolerancia?”, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA, núm. 11, edición digital, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2001.

fuertes como son la dignidad y la libertad de todas las personas que comportan una serie de exigencias.<sup>194</sup>

La igualdad, por su parte —puntualiza Encarnación Fernández—, expresa el derecho a ser diferentes y al mismo tiempo, a ser iguales en lo relativo a las condiciones materiales básicas de la vida. En este sentido, la igualdad conjugaría el respeto a la diferencia y a la pluralidad personal y cultural (y, en este sentido, conectaría con los derechos de libertad que garantizan el respeto a tales diferencias), con la tendencia a la igualdad y a la solidaridad.<sup>195</sup> Para L. Ferrajoli, la igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.<sup>196</sup> De esta manera, la aceptación de la igualdad de todos es un elemento necesario para la doctrina moderna de la tolerancia; mas no por ello suficiente. La tolerancia fundada en la igualdad no debe conocer ningún límite; por lo mismo, cualquier discriminación desigualitaria es condenable. Por tal razón, Todorov afirma que la igualdad es pertinente, en particular, cuando se trata de afirmar la tolerancia respecto a los extranjeros; pero se puede estar falso de tolerancia dentro mismo de una sociedad si no se admite el derecho de cada uno a actuar libremente. La tolerancia tiene necesidad no sólo de igualdad, sino también de libertad.<sup>197</sup>

Por lo tanto, el punto de partida de la tolerancia es una constatación: la extraordinaria diversidad existente entre las personas y las sociedades; además postula una separación entre las diferencias tolerables y las que no lo son. En el seno de un Estado, aquello que es intolerable queda castigado por

<sup>194</sup> “La tolerancia como modelo de integración democrática”, en V Congreso Europeo de Latinoamericanistas del CEISAL (Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina), celebrado en Bruselas del 11 al 14 de abril del 2007, disponible en: [http://www.biopolitica.cl/docs/Munera\\_textos3.pdf](http://www.biopolitica.cl/docs/Munera_textos3.pdf), consulta 2 de marzo de 2010.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>196</sup> Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, p. 43.

<sup>197</sup> Todorov, T., *Las morales de la historia*, pp. 182-183.

la ley: se trata de los delitos y los crímenes, la violencia puesta precisamente al servicio de la intolerancia. Esta concepción deja al margen el inmenso campo de las diferencias tolerables. Ni los individuos ni los grupos —sostiene Todorov— están obligados a aprobar la forma de pensar y de actuar de los demás, pero no tienen derecho tampoco a impedirles que persistan en su opción ni a perseguirlos.<sup>198</sup> Al mismo tiempo —como ha señalado Habermas— el reconocimiento de las diferencias —el reconocimiento del otro en su alteridad— puede convertirse también en la marca de una identidad común.<sup>199</sup>

En la filosofía moderna —escribe Calsamiglia— el problema de la igualdad exige justificar las diferencias. La igualdad es *histórica* y *relacional* porque en las relaciones entre los hombres se manifiesta la igualdad y la desigualdad. La igualdad formal (tratar lo igual de forma igual y lo desigual de forma desigual) necesita *criterios materiales* para saber qué categorías son iguales y qué categorías no lo son. Al tratar de la igualdad formal se exige la justificación y no arbitrariedad de la diferencia.<sup>200</sup> Cierto es —señala Javier de Lucas— que no deberíamos de confundir diversidad (diferencia) y desigualdad o, más claramente, que no podemos contraponerlas simétricamente, porque tampoco la igualdad es identidad ni semejanza, pues no prescinde de los elementos diferenciadores. La igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias.<sup>201</sup>

141

El 1959, Isaiah Berlin, al ser invitado a dictar una conferencia, señaló a propósito de la tolerancia: “En un mundo donde los derechos humanos no hubieran sido nunca pisoteados, ni los hombres se persiguieran unos a otros por lo que creen o por lo que son, no habría necesidad de la Administración de la justicia. Sin embargo, nuestro mundo no es ese”.<sup>202</sup> Todo orden jurídico

<sup>198</sup> Todorov, T., *El nuevo desorden mundial*, pp. 125-126.

<sup>199</sup> *Libération*, 31 de mayo y 1 de junio de 2003.

<sup>200</sup> *Op. cit.*, p. 100.

<sup>201</sup> “La igualdad ante la ley”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 493.

<sup>202</sup> Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 280.

pretende garantizar o imponer un determinado modelo de relaciones sociales o, como suele decirse, que es un sistema de control social.<sup>203</sup>

En razón de lo anterior —termina diciendo Prieto Sanchís— lo que podemos llamar legitimidad positiva se refiere a la adecuación de valores latentes en el derecho con los valores mayoritariamente vividos en la sociedad, y con independencia del juicio que nos merezcan éstos, una mínima dosis de legitimidad positiva es necesaria para que nazca en los destinatarios una conciencia de obligatoriedad y, con ella, para la propia preservación del sistema. Finalmente, la que puede denominarse legitimidad formal alude a ese mínimo de justicia que proporciona el orden jurídico por el mero hecho de ser un ‘orden’ y que se resume generalmente en la idea de seguridad jurídica; seguridad que, sin embargo, cada sistema alcanza en una medida distinta en función de sus propias características.<sup>204</sup>

142

Esta situación planteada es la razón por la que hoy día se hable de democracia constitucional, cuya esencia reside precisamente —según Ferrajoli— en el conjunto de límites impuestos por las Constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones.<sup>205</sup> La democracia constitucional es, sin más, una exigencia inmediata del ideal mismo de los derechos. Si los derechos básicos —escribe Juan C. Bayón— son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral, su satisfacción debe concebirse como una exigencia ética incondicional e innegociable, hasta el punto de que podría decirse que el contenido de la idea de justicia se sustancia precisamente en la realización de los derechos. En ese caso, el constitucionalismo no haría sino dar forma institucional a la idea de que la política debe estar

<sup>203</sup> Prieto, S. L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, 3<sup>a</sup> edición, Trotta, Madrid, 2008, p. 33.

<sup>204</sup> *Op. cit.*, p. 103.

<sup>205</sup> Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, p. 27.

subordinada a la justicia: un sistema político justo debe respetar los derechos básicos de las personas; así que éstos deben ser límites *infranqueables* para cualquier poder, incluido naturalmente el democrático.<sup>206</sup>

En consonancia con lo anterior, el mismo Bayón señala en otro lugar que el constitucionalismo en su sentido más genérico ha sido siempre, por encima de cualquier otra cosa, el ideal normativo de limitar el poder público con el fin de garantizar los derechos individuales. Con la intención de que no se malogre ese fin primordial, el Estado constitucional cuenta con el refuerzo de dos elementos: la rigidez de la Constitución y la justicia constitucional. El emplazamiento de los derechos fundamentales en una Constitución rígida los hace indisponibles para el legislador, ya que la rigidez no es sino la previsión de un procedimiento de reforma constitucional más complejo o exigente que el procedimiento legislativo ordinario. Y el control judicial de constitucionalidad de la ley sería la garantía necesaria de la primacía constitucional, esto es, de la auténtica superioridad jurídica —y no política— de la Constitución sobre la ley.<sup>207</sup>

143

Al concluir este apartado, podemos preguntarnos ¿qué es un pueblo?, ¿qué es México? A lo que respondemos diciendo que somos una multitud de minorías que encuentran en el principio federativo la garantía contra la opresión. Al ofrecer la tolerancia a las minorías y proteger sus derechos, el orden federativo modera, de sana manera, el absolutismo democrático del principio de la mayoría. El Estado democrático —y por lo tanto nuestro país—, de acuerdo con su Constitución, ha de respetar, proteger y fomentar la libertad de conciencia y religión, la libertad de prensa y reunión, y todo lo concerniente a los derechos humanos.

<sup>206</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>207</sup> *Ibidem*, cfr. pp. 3-4.

## Democracia y libertad de expresión

Cuando el liberalismo filosófico y el constitucionalismo moderno comenzaron a precisar los derechos del ser humano y a garantizar su protección, entre ellos encontramos la libertad de pensamiento. Libertad íntima y personal, porque no conoce límites; por lo mismo, no le es dado a ninguna autoridad, mucho menos a ningún tirano poderla restringir, y se le anunció como un derecho primario porque es la base y condición de otros derechos.

144

La libertad —como bien señala Eusebio Fernández— se convierte en el primer aliado de la autonomía moral, en la posibilidad de su actuación. De ahí se deduce la necesidad, junto a la protección que la autoridad debe llevar a cabo de la vida e integridad física y moral de las personas frente a las agresiones externas y la arbitrariedad, de garantizar la discusión libre, la elección, la revisión de las formas de organización de la convivencia; en definitiva, los derechos a la libertad de expresión, de opinión, de conciencia, de pensamiento, de participación política en situaciones de igualdad.<sup>208</sup> Como ha apuntado Ralf Dahrendorf:

Vivimos en un horizonte de incertidumbre fundamental. Una tal duda frente a lo absoluto conduce a la exigencia de que se establezcan circunstancias que permitan dar en cada momento respuestas distintas y que, además, cambien en el tiempo; a la exigencia de que se establezca una sociedad abierta. Aquí es donde tiene su razón de ser el interés de los liberales por la libertad de opinión y, también por las instituciones políticas que hacen del cambio un principio; el interés por la democracia así entendida.<sup>209</sup>

Por su parte, la libertad de pensamiento —libertad primaria— en su significación genérica comprende —según de Castro Cid— el derecho a orientar

<sup>208</sup> *Op. cit.*, p. 84.

<sup>209</sup> Dahrendorf, R., *Oportunidades vitales. Notas para una teoría social y política*, trad. Ramón G. C, Espasa Calpe, Madrid, 1983, pp. 132-133.

libremente la propia opinión sobre cualquier asunto, y el derecho a no ser sancionado ni molestado por tener esa opinión. En su significado estricto y específico, en cambio, se define con el fin de amparar la posibilidad de tener y mantener una concepción personal independiente en los campos de la reflexión filosófica, científica, ética, social, política o artística. Es, por tanto, un derecho cuyo campo de realización —señala el mismo autor, y estoy de acuerdo con él— queda siempre enmarcado por la propia intimidad del sujeto.<sup>210</sup> Pero este derecho —continúa el mismo jurista— no tendría mucho sentido si no estuviera directamente conectado y relacionado con el derecho a manifestar el pensamiento, por más que éste sea recogido habitualmente en las diferentes declaraciones como un derecho con identidad propia y distinta. En efecto, resulta evidente que la libertad de pensamiento conlleva como consecuencia indeclinable la libertad de expresarlo y comunicarlo, puesto que los seres humanos, al ser esencialmente sociales, tienen la tendencia y la necesidad vital de comunicar su propio pensamiento a sus semejantes, valiéndose para ello de cualquier modo de expresión.<sup>211</sup>

145

Este derecho a pensar, y hacerlo con libertad, —sostiene G. Sartori— postula que el individuo pueda abreviar libremente en todas las fuentes del pensamiento y también que sea libre para controlar la información que recibe en forma oral y escrita; y ello carece de valor si no está basado en un anhelo de verdad y respeto por la verdad. Si falta la base de este valor, la libertad de pensamiento fácilmente se convierte en libertad de mentir y la libertad de expresión deja de ser lo que era.<sup>212</sup>

Kant, mucho antes ya había sostenido lo anterior, cuando escribe: “no existe pensamiento si no lo comunicamos” ¿Pensaríamos mucho, y pensaríamos bien, si no pensáramos, por así decirlo, en común con otros, que nos hacen partícipes de sus pensamientos y a quienes les comunicamos los nuestros? De igual modo, puede decirse que esta potencia exterior que les quita a los

<sup>210</sup> Castro Cid, B. de, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Universitas, Madrid, 2003, p. 287.

<sup>211</sup> *Ibidem*, pp. 288-289

<sup>212</sup> Sartori, G, *Qué es la democracia*, trads. Miguel Ángel González y María Cristina Pestellini, Taurus, México, 2003, p. 100.

hombres la libertad de comunicar públicamente sus pensamientos les quita igualmente la libertad de pensar.<sup>213</sup> Por lo tanto, podemos sostener que la libertad de expresión debe cumplir un valioso papel de control sobre la injerencia, la manipulación y el paternalismo del Estado.

Es evidente que existe un vínculo muy estrecho entre libertad de pensamiento y libertad de expresión. Al poner el acento en este último, Ernesto Villanueva sostiene que la libertad de expresión engloba la libertad de pensamiento, puesto que es ésta la que se va a exteriorizar y que debe hacerse sin cortapisas mientras no lesione derechos de terceros.<sup>214</sup> La libertad de expresión, entonces, se garantiza primordialmente como un derecho fundamental de carácter individual —la protección del exponente— aunque pueda tener repercusiones sociales como en el caso de la crítica al gobierno. Señala Espinoza: es muy cierto que el gobierno puede considerar como enemigos a los que no participan sin restricción sus sentimientos. Pero

si nadie puede abdicar el libre derecho que tiene de juzgar por sí mismo, si cada cual, por un derecho imprescriptible de la naturaleza, es señor de sus pensamientos, ¿no resulta que nunca podrá ensayarse en un Estado, sin las más deplorables consecuencias, obligar a los hombres, cuyas ideas y sentimientos son tan distintos y aun tan opuestos a no hablar, sino conforme a las prescripciones del poder supremo?<sup>215</sup>

Será, pues, un gobierno violento aquel que rehúsa a los ciudadanos la libertad de expresar y enseñar sus opiniones y, por el contrario, será un gobierno moderado aquel que les concede esta libertad.

En este contexto, R. Dworkin afirma que hay un derecho general a la libertad; pues si no lo hubiera, entonces ¿por qué los ciudadanos de una de-

<sup>213</sup> *Cómo orientarse en el pensamiento*, trad. C. Correas, Editorial Leviatán, Buenos Aires, Argentina, 1982, p. 60

<sup>214</sup> “El derecho a la información” en *Derechos humanos*, Diego Valadés, D., y Gutiérrez, R., (coords.), UNAM, México, 2001, p. 74.

<sup>215</sup> Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, versión española de Julián de Vargas y Antonio Zozaya, Col. Sepan Cuantos..., Porrúa, México, 1999, pp. 595-596.

mocracia tienen derecho a cualquier género específico de libertad, como la libertad de expresión, la libertad religiosa o la de ejercer una actividad política? No es válido responder que si los ciudadanos tienen tales derechos, la comunidad como tal a la larga estará mejor (por utilidad). Esta idea —que los derechos individuales pueden conducir a la utilidad— puede o no ser verdadera, pero no tiene nada que ver con la defensa de los derechos como tales, porque cuando decimos que alguien tiene derecho a expresar libremente su opinión, en el sentido políticamente importante, queremos decir que está autorizado para hacerlo aun cuando con ello no favoreciera el interés general.<sup>216</sup>

La libertad de expresión es una de las bases de los derechos y las libertades democráticas. En su primera sesión en 1946, antes de que cualquier declaración o tratado de derechos humanos fuera adoptado, la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 59 (I) declarando que: “La libertad de información es un derecho humano fundamental y [...] el punto de partida de todas las libertades a las que está consagrada la Organización de las Naciones Unidas.” Después de muchos años, la Corte Interamericana tiene su primer contacto —según Sergio García Ramírez— con el tema de la libertad de expresión, a través de una opinión consultiva solicitada por el gobierno de Costa Rica, clasificada como OC-5, en 1985. Se trataba de examinar la colegiación obligatoria de los periodistas de ese país.

147

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes desean influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de externar sus opiniones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. [párr. 70].<sup>217</sup>

<sup>216</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 387.

<sup>217</sup> “Libertad de expresión y derecho a la información”, en M. Carbonell (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa-CNDH, México, 2004, pp. 72-73. Nota: texto completo de la opinión consultiva en esta misma obra, pp.399-422.

Dworkin, sostiene que en la práctica una buena democracia necesita no sólo del sufragio entendido según la fórmula una persona-un voto, sino también que el valor de las libertades de expresión, asociación, manifestación, religión y conciencia, y de otros derechos y libertades políticas, sea reconocido y protegido, que ningún grupo de ciudadanos sea excluido de participar en la economía de su comunidad, y así sucesivamente.<sup>218</sup> Dahl a la pregunta: ¿Cómo pueden los ciudadanos hacer que sus distintas perspectivas sean conocidas y persuadir a sus conciudadanos y a sus representantes de que las adopten si no pueden expresarse libremente sobre todas las cuestiones que afectan a la dirección del gobierno? Responde que la democracia requiere la libertad de expresión para que los ciudadanos puedan *participar* efectivamente en la vida política. La libertad de expresión no sólo significa que alguien tenga el derecho a ser oído. Presupone también que alguien tiene el derecho a escuchar lo que otros tengan que decir. Termina señalando algo muy trascendente: sin la libertad de expresión, los ciudadanos acabarían perdiendo la capacidad de *influir* en la agenda de las decisiones políticas. Los ciudadanos silenciosos pueden ser súbditos perfectos de un gobernante autoritario, pero serían un desastre para la democracia.<sup>219</sup>

Santiago Ramírez comparte esta idea al afirmar que la democracia ofrece sus ventajas, en cuanto que no solamente acentúa la libertad política de todos los ciudadanos, sino también en cuanto fomenta entre todos, el interés por una mayor contribución y colaboración a la responsabilidad del Estado, una mayor comunicación de todos entre sí y una mayor igualdad.<sup>220</sup> A *contrario sensu*, Luis Arévalo señala que bien mirada, la lucha por los derechos humanos no tiene ningún sentido sino como parte de la lucha por un ideal al que llamamos ‘democracia’. La democracia, así, a secas, sin ningún calificativo que la precise, es el nombre actual de una sociedad imaginaria, sin violencia, sin miseria, sin males, en donde todos los hombres en unión

<sup>218</sup> Dworkin, R., *Liberalismo, Constitución y democracia*, p. 63.

<sup>219</sup> Dahl, A. R., *La democracia* (Una guía para los ciudadanos), trad. Fernando Vallespín, Taurus, México, 2006, p. 112.

<sup>220</sup> Ramírez, S., *Doctrina política de Santo Tomás de Aquino*, Instituto Social León XIII, Madrid, 1951, p. 57.

fraterna crean y dirigen su vida con base en los dictados de la razón.<sup>221</sup> Sólo que esa sociedad no ha existido nunca; pero a pesar de las desilusiones que el hombre ha vivido por tenerla, no ha dejado de soñar en alcanzarla alguna vez; la esperanza se resiste a morir. De ahí, el título de una de las obras últimas de R. Dworkin: *La democracia posible*.<sup>222</sup>

Es muy clara la tendencia que hay actualmente de todos los pueblos hacia la conformación de una vida democrática. Una prueba de ello, entre otras muchas, es la consolidación que ha ido adquiriendo la libertad de expresión, que para Carbonell “es una de las condiciones esenciales de cualquier régimen democrático; en otras palabras, la libertad de expresión es condición necesaria (pero no suficiente) para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia”.<sup>223</sup>

149

La libertad de expresión es esencial para posibilitar el funcionamiento de la democracia y de la participación pública en la toma de decisiones. Los ciudadanos no pueden ejercer su derecho al voto de manera efectiva o participar en la toma pública de decisiones si no cuentan con un libre acceso a la información y a las ideas, y si no pueden expresar sus opiniones libremente. Por ello, la libertad de expresión no sólo es importante para la dignidad individual, sino también para la participación, la rendición de cuentas y la democracia. Las violaciones a la libertad de expresión con mucha frecuencia van de la mano con otras violaciones, particularmente del derecho de libre asociación y reunión.

En los últimos años ha habido avances en términos de asegurar el respeto por el derecho a la libertad de expresión. Se han hecho esfuerzos para implementar este derecho a través de mecanismos regionales construidos ex profeso y se han descubierto nuevas oportunidades para una mayor libertad de expresión con la Internet y con la transmisión satelital mundial. Por

<sup>221</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>222</sup> Dworkin, R., *La democracia posible...*

<sup>223</sup> Carbonell, M., *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2005, p. 371.

ejemplo, lo que tenemos hoy en México es una apertura informativa y crítica que hace unos 40 años era inimaginable. Pero también se han presentado nuevas amenazas, por ejemplo con los monopolios de los medios globales y las presiones sobre los medios independientes.

Respeto muy merecido, ya que este derecho, a su vez, protege los derechos de toda persona a expresar libremente sus opiniones y puntos de vista. Es, esencialmente, un derecho que debe promoverse al máximo posible debido al papel decisivo que juega sobre la democracia y la participación pública en la vida política. Pueden existir ciertas formas extremas de expresión que necesitan ser acotadas para la protección de otros derechos humanos. Limitar la libertad de expresión en tales situaciones resulta siempre un buen acto de ponderación. Una forma particular de expresión que está prohibida en algunos países es la apología del odio o *hate speech*.

150

Por lo general, decimos que la libertad de expresión es un derecho humano, pero nadie piensa que se violan los derechos humanos de cualquier persona cuando se imponen restricciones razonables relativas al momento y al lugar para realizar manifestaciones y desfiles. Decimos que la libertad de expresión es un derecho, pero nos debemos una descripción más precisa del contenido de este derecho; podríamos establecer, por ejemplo, que es el derecho a no ser censurado en la expresión de ideas políticas considerando que tales ideas son erróneas o peligrosas, lo que explicaría por qué son aceptables las restricciones relativas al momento adecuado para realizar un desfile. Sin el derecho de libertad de expresión —afirma I. Berlin— puede que exista justicia, fraternidad e incluso felicidad de algún tipo, pero no democracia.<sup>224</sup> A contrario sensu: en una democracia —dice Dworkin—, un ciudadano tiene derecho a que se promulguen las leyes necesarias para proteger la libertad de expresión.<sup>225</sup>

Según N. Bobbio, la libertad de asociación y libertad de opinión deben considerarse como condiciones fundamentales del buen funcionamiento de un

<sup>224</sup> Berlin, I., *op. cit.*, p. 53.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 171.

sistema democrático, porque ponen a los actores de un sistema basado en la demanda proveniente de abajo y en la libre toma de decisiones o en la libre elección de delegados que deben decidir, en posibilidad de expresar las propias demandas y de tomar decisiones con conocimiento de causa, después de la libre discusión. Naturalmente, ni la libertad de asociación ni la de opinión pueden ser admitidas sin límites, como cualquier libertad. El cambio de los límites en un sentido o en otro determina el grado de democratización de un sistema. Allí donde los límites aumentan, el sistema democrático se altera; donde las dos libertades son suprimidas, la democracia deja de existir.<sup>226</sup> Todorov señala que la democracia implica la existencia de una voluntad general, que limita la libertad de cada cual para hacer lo que le parezca, mientras sus actos no conciernan a los otros.<sup>227</sup>

Tanto la libertad como la democracia son igualmente valiosas, lo cual no implica que no pueda haber conflictos o tensiones entre las dos. Por eso no sobra traer a la memoria la conocida advertencia de Isaiah Berlin de que la libertad individual y el gobierno democrático no son la misma cosa, cualquiera que sea el terreno común que pisen, sino fines en sí mismos que pueden chocar entre sí de manera irreconciliable; y si es así, habría que convenir que es mejor enfrentarse a este hecho intelectualmente incómodo que ignorarlo.<sup>228</sup> Piensa Bayón que Berlin fue demasiado lejos al sostener de modo tajante que no hay *ninguna* conexión necesaria entre la libertad individual y la democracia o autogobierno. Por el contrario, le parece mucho más atinado entender que al menos algunos derechos y libertades individuales son en realidad prerequisitos o condiciones necesarias de la genuina democracia.<sup>229</sup> Afirmación que comparte Elías Díaz al escribir:

151

Quien suprime la libertad no puede invocar que basa y justifica su poder, su decisión, en la legitimidad democrática y en la soberanía popular; no puede

<sup>226</sup> Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, pp. 82-83.

<sup>227</sup> *Op. cit.*, p. 181.

<sup>228</sup> Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, pp. 58-59.

<sup>229</sup> “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 14, consulta 10 de mayo de 2010.

decir que la decisión democrática ha producido o fundamentado su tiránico régimen político. *Sin libertad, y por de pronto sin libertad de opinión, no hay democracia, ni legitimidad democrática ni soberanía popular.*<sup>230</sup>

De igual manera lo corrobora N. Bobbio: “si es verdad que los derechos de libertad han sido desde el inicio la condición necesaria para la correcta aplicación de las reglas del juego democrático, también es verdad que el sucesivo desarrollo de la democracia se ha vuelto el instrumento principal de la defensa de los derechos de libertad”.<sup>231</sup>

Raymond Aron piensa que la democracia constituye más un medio que un fin, es el régimen que, sobre todo en nuestra época, ofrece mejores probabilidades de salvaguardar la libertad. No obstante que el nexo entre la libertad y la democracia es más estrecho de lo que sugiere la fórmula medio-fin.<sup>232</sup> Por consiguiente, el derecho original a la libertad de expresión debe suponer —señala Dworkin— que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree, particularmente respecto de cuestiones que afectan a la forma en que se lo gobierna.<sup>233</sup> En este contexto, puedo decir que en un mundo imposible, donde alguien opinara para sí mismo, que la opinión fuera una posesión personal, impedir su disfrute sería un perjuicio particular. Pero la opinión lleva en sí misma, por su propia naturaleza, el trascender, tiende a exteriorizarse; por lo cual, impedir la expresión de una opinión es —para J. S. Mill— un mal peculiar, pues con ello se comete un robo a la raza humana; a la posteridad como a la generación actual; a aquellos que discuten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella.<sup>234</sup> En la democracia, todo el mundo tiene el derecho a expresar su opinión, siempre que el mismo esté dispuesto también a escuchar la opinión contraria, afirma Welzel.<sup>235</sup>

<sup>230</sup> Díaz, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, p. 66.

<sup>231</sup> Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, p. 48.

<sup>232</sup> Aron, R., *Ensayo sobre las libertades*, trad. Ricardo Ciudad Andreu, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p. 107.

<sup>233</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 298.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>235</sup> *Op. cit.*, p. 340.

## *Límites a la libertad de expresión*

Al examinar la libertad de expresión hemos de tener en cuenta diversos aspectos. Por una parte, no es cierto que todo pensamiento, por el mero hecho de haber nacido en el intelecto humano, cuente con el derecho de ser difundido por todo el cuerpo político. Por otra, no sólo la censura y los métodos policiales, sino cualquier restricción directa de la libertad de expresión, aunque inevitables en ciertos casos de necesidad, son el peor camino para asegurar los derechos del cuerpo político a defender la libertad y la moralidad general. Porque cualquiera de esas restricciones va contra el espíritu mismo de una sociedad democrática. Una sociedad con esta característica sabe que las íntimas energías subjetivas del hombre, la razón y la conciencia, son los resortes más valiosos de la vida política. Al mismo tiempo, podemos decir que intentar acallar la verdad por la fuerza valiéndose de métodos opresores no sirve de nada; la verdad acaba por brotar, y entonces lo hace con una intensidad mucho mayor.

153

No obstante lo anterior, J. Maritain señala algo sumamente importante haciendo una distinción muy atinada: “La libertad de expresión es un derecho humano, pero es sólo un derecho ‘substancialmente’ y no ‘absolutamente’ inalienable. Hay límites para la libertad de expresión inevitablemente exigidos por el bien común y por esa misma libertad, que se convertiría en autodestructora si fuese ilimitada”.<sup>236</sup> Por lo cual, Raymond Aron escribe:

no tengo derecho, en una sociedad occidental, a decir o escribir cualquier cosa, a insultar a mi vecino o a incitar a la rebelión, pero aunque las fronteras de las libertades intelectuales no estén exactamente trazadas, aunque la distinción entre herejía y conspiración está más clara en teoría que en la práctica, no dudamos, en una sociedad occidental de que somos libres para expresar tal opinión o tal otra sobre cualquier hecho o situación que se presente, asumiendo la responsabilidad de las consecuencias que resulten.<sup>237</sup>

<sup>236</sup> Maritain, J., *op. cit.*, p. 138.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 184.

Pensamiento con el que se solidariza Todorov Tsvetan al escribir: “se puede disfrutar de una ilimitada libertad de expresión; pero hay que estar dispuesto a asumir las responsabilidades de las propias declaraciones, particularmente cuando tienden a actuar sobre el prójimo antes que atenerse a la búsqueda de la verdad”.<sup>238</sup> Esta afirmación la avala Alfonso López Quintás al considerar que una vez que he obtenido plena libertad para expresarme sin coacción externa, soy yo el que adquiero la obligación de medir el alcance de mi libertad y atenerme a él. Pues la libertad de expresión debe ser comprada *al precio de una esforzada preparación* y ha de ejercitarse *en función del bien de los demás*. Por consiguiente, hay que reconocer que la libertad de expresión no es absoluta.<sup>239</sup> Hay que admitir, sin embargo, que en los últimos años, en México, en algunos medios, se ha incurrido en excesos que no corresponden al ejercicio de un periodismo serio y auténticamente libre. Se tiende a confundir, con ligereza, que ser libre es poder decir lo que te venga en gana, aunque provenga de fuentes poco confiables o se trate de información no confirmada. Esto daña la credibilidad del medio y, por supuesto, de quienes trabajan en él.

Para Baruch Spinoza, el fin del Estado no es dominar a los hombres o retenérles bajo el temor, sino permitir a cada uno, en tanto sea posible, vivir en seguridad; tampoco es transformar a los hombres de seres racionales en animales o autómatas, sino favorecer que los ciudadanos hagan libremente uso de su razón. El fin del Estado es verdaderamente la libertad, si bien, con ciertos límites; pues si es imposible quitar a los ciudadanos toda libertad de expresión, habría un gran peligro en dejarles esta libertad completa y sin reserva. Por lo cual, cada ciudadano, sin lesionar los derechos ni la autoridad del poder, es decir, sin turbar el reposo del Estado, puede decir y enseñar lo que piensa.<sup>240</sup> J. S. Mill piensa de igual manera al afirmar que

la libertad del individuo debe ser limitada, y no debe convertirse en un perjuicio para los demás. Pero si se abstiene de molestar a los demás en lo que

<sup>238</sup> Todorov, T., *Las morales de la Historia*, p. 194.

<sup>239</sup> López, Q. A., *Necesidad de una renovación moral*, EDICEP, Valencia, 1994, p. 157.

<sup>240</sup> *Op. cit.*, p. 396-397.

les afecta y obra, según su propia inclinación y juicio, en cosas que a él sólo se refieren, las mismas razones que demuestran que la opinión debe de ser libre, prueban también que debe serle permitido poner en práctica sus opiniones por su cuenta y riesgo.<sup>241</sup>

Hemos hablado de la relación estrecha que debe existir entre derechos y deberes. Pues bien, en el cuerpo de la Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el derecho de la libertad de expresión lo encontramos en el capítulo I que trata de los derechos, en cuyo artículo IV está escrito: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.<sup>242</sup> Sólo que en el capítulo II de la misma declaración que trata de los deberes, no encuentro ninguno que sea correlativo a este derecho. Sin embargo, en su ausencia me atrevo a enunciarlo. El hombre por naturaleza busca la verdad y se siente bien con ella. Entonces, ‘si tengo el derecho a expresar con libertad lo que pienso, tengo el deber de expresarme con verdad sin lastimar el honor, imagen e intimidad de ninguna persona’.

155

Años más tarde, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica<sup>243</sup>, en el capítulo II, que versa sobre los derechos civiles y políticos, el artículo 13 a la letra dice:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

<sup>241</sup> Stuart, M. J., *Sobre la libertad*, trad. Pablo de Azcárate, Alianza, Madrid, 2003, p. 127.

<sup>242</sup> *Idem*.

<sup>243</sup> Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, adhesión de México y entrada en vigor en 1981.

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
  - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.<sup>244</sup>

Años después, en la primera sesión primaria, el 7 de junio de 1999, la Asamblea General, visto el informe del Consejo Permanente sobre el tema “Atentados contra la libertad de prensa y crímenes contra periodistas”:

Teniendo presente todos los documentos y artículos que hemos citado en los que se precisa la defensa del derecho a la libertad de expresión;

Teniendo en cuenta que los Jefes de Estado y de Gobierno, durante la Segunda Cumbre de las Américas, realizada en Santiago, Chile, en abril de 1998,

<sup>244</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, disponible en: <http://www.sre.gob.mx/derechoshumanos/Camds.htm>, consulta 3 de agosto de 2009.

manifestaron su apoyo a la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en este campo, en particular a la recién creada *Relatoría Especial para la Libertad de expresión*, y “reafirmaron la importancia de garantizar la libertad de expresión, de información y de opinión”; y,

Considerando que la Asamblea General, durante su vigésimo octavo período ordinario de sesiones mediante la resolución AG/RES.1550 (XXVIII-O/98), instruyó al Consejo Permanente a “estudiar la conveniencia de la elaboración de una Declaración Interamericana sobre la Libertad de Expresión”;

Resuelve: Encomendar al propio Consejo Permanente que continúe la labor de preparación de una *Declaración Interamericana sobre la Libertad de expresión* para presentarla a la Asamblea General, a más tardar en el trigésimo período ordinario de sesiones.<sup>245</sup>

157

Así las cosas, luego de un amplio debate con diversas organizaciones de la sociedad civil y en respaldo a la Relatoría para la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión durante su 108º período ordinario de sesiones en octubre de 2000. Dicha declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>246</sup> Su aprobación no sólo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho.<sup>247</sup>

La CIDH adoptó este documento con plena conciencia de que la consolidación y desarrollo de la democracia dependen de la libertad de expresión y

<sup>245</sup> Declaración Interamericana sobre la Libertad de Expresión, disponible en: <http://www.summit-americas.org/OAS%20General%20Assembly/AG-RES-1609-sp.htm>, consulta 3 de agosto de 2009.

<sup>246</sup> El subrayado es mío.

<sup>247</sup> Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios, disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&1ID=2>, consulta 3 de agosto de 2009.

convencida de que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones, se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático.<sup>248</sup>

Por lo que hemos citado en los dos párrafos anteriores, es evidente la importancia y trascendencia del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal manera —y esto lo queremos resaltar— que en el “Preámbulo” de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión se reconoce que los contenidos en este artículo representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.<sup>249</sup> Incluso, tomando en cuenta el lenguaje jurídico ordinario en el ámbito de la jerarquía de leyes, me permito decir que esta declaración de principios sobre libertad de expresión sería a la manera de la ley reglamentaria del artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que amarra a los Estados americanos en la observancia de los mismos, ya que siendo principios —según lo que entiendo por tales—, aunque formulados por algunos hombres, deben gozar, a partir de la aceptación y ratificación de los mismos, de inmutabilidad e inamovilidad y de obligatoria observancia.

Podemos ver que en la medida en que se fue entretejiendo el entramado jurídico-político en torno a la necesidad de cohesionar a los pueblos de las Américas sobre la base de una vida realmente democrática, por un lado, y la protección de los derechos humanos, por otro; se sentía cada vez más la urgencia de que los Estados americanos, conscientes de ello, entregaran a sus pueblos el medio idóneo y eficaz para la protección del derecho a la libre expresión, en particular, y de todos los demás derechos, en general. No fue sino hasta 2001, cuando surge a la luz la Carta Democrática Interamericana, en la que el contenido del artículo 4º refuerza lo establecido jurídicamente hasta aquí: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la respon-

<sup>248</sup> *Idem.*

<sup>249</sup> Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos13.htm>, consulta 4 de febrero de 2009.

sabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión<sup>250</sup> y de prensa".<sup>251</sup>

Por todo lo anterior, podemos decir que la libertad de pensamiento y de expresión carente de todo límite, no es por sí misma un bien del cual pueda felicitarse la sociedad humana; es, por el contrario, fuente y origen de muchos males. Ejercida de esa manera y al margen de la verdad, de la justicia, de las instituciones y, por lo tanto, de la ley, degenera en abierta licencia. Y por supuesto que todo lo que la licencia gana, la libertad lo pierde. Por el contrario, la grandeza y seguridad de la libertad están en razón directa de los frenos que se pongan a la licencia. Por lo tanto, control y abuso, cada uno en su extremo, son dañinos y condenables, y no sirven al propósito de informar objetivamente.

159

Tullo Goffi piensa de manera semejante cuando señala que la libertad es válida únicamente dentro de los límites de la verdad: fuera de la verdad no se puede admitir libertad. El error no tiene derechos que le correspondan en modo natural y necesario, ni la conciencia subjetiva puede reivindicar para sí algún valor jurídico externo, pues el derecho, siendo una facultad moral, germina únicamente sobre la base de la verdad y el bien de los demás.<sup>252</sup>

Por otra parte, dentro de la vida social del hombre y en consonancia con su naturaleza, la autoridad es necesaria para dirigir a los asociados hacia el bien común, por lo cual debe tener por lo menos la capacidad de coordinar las actuaciones individuales y de resolver los conflictos. Pero de ninguna manera puede ser absoluta, en el sentido de una anulación de la libertad personal. Por eso —señala Rafael Gómez Pérez— cualquier autoridad que se pretendiera absoluta iría contra la naturaleza y, por eso mismo, contra la dignidad y libertad humanas.<sup>253</sup> Si a la libertad de expresión se le tiene como

<sup>250</sup> El subrayado es mío.

<sup>251</sup> Carta Democrática Interamericana, en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos15.htm>, consulta 3 de junio de 2010.

<sup>252</sup> "Tolerancia y libertad religiosa en el pensamiento católico moderno", en López, J. R., (comp.), *Libertad religiosa una solución para todos*, Studium, Madrid, 1964, p. 244.

<sup>253</sup> Gómez, P. R., *op. cit.*, p. 61.

cauce para manifestar la autonomía moral de todos en la sociedad, en ese sentido es como debemos sostener que el poder, fundamentalmente entonces el poder político, no puede neutralizar esa libertad, sino que esa libertad sea un límite al poder.

Por lo tanto, el Estado tiene justo título para imponer limitaciones a la libertad de expresión, solamente en vista de circunstancias particularmente serias. Pero en realidad puede hacerlo en forma beneficiosa para una sociedad democrática sólo en las cuestiones más obvias y externamente palpables, y con respecto a aquellos elementos básicos del bien común que son los más simples y elementales. En todo caso —como señalan Ch. Arnsperger y Ph. Van Parijs— las libertades de expresión y de asociación, por ejemplo, se pueden restringir y regular pero sólo en nombre de otras libertades fundamentales. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando el uso de la libertad de expresión condujese a una parte de la población a no ejercer su derecho a votar o a ser elegidos a causa de la propagación de informaciones falsas.<sup>254</sup>

En un Estado democrático —indica Paloma Requejo— deben establecerse los mecanismos suficientes para asegurar que en él se cumplan aquellos rasgos que lo caracterizan como tal, esto es, la libertad y, sobre todos, la igualdad.<sup>255</sup> El gobierno limita la libertad de las personas no sólo para proteger la seguridad y la libertad de los demás, sino también en muchas otras ocasiones.<sup>256</sup> Por lo tanto, debemos aceptar que las libertades no resultan dañadas cuando el gobierno decide limitar la libertad si tiene alguna razón distributiva convincente para hacerlo.<sup>257</sup> De ahí que —según Carlos Nino— pueda alimentarse la idea de que la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad.<sup>258</sup> Afirmación que avala Todorov al responder a si sería deseable una libertad total: el derecho a la libertad debe ser equilibrado por un deber

<sup>254</sup> Ch. Arnsperger y Ph. van Parijs, *Ética económica y social (Teorías de la sociedad justa)*, trad. Ernest W. G., Paidós, Barcelona, 2002, p. 78.

<sup>255</sup> Requejo, P., *op. cit.*, p. 49.

<sup>256</sup> Dworkin, R., *La democracia posible...*, p. 93.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>258</sup> “Justicia”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 478.

de responsabilidad.<sup>259</sup> Por lo cual, ninguna ley puede admitir el principio de libertad sin acompañarlo de un principio de responsabilidad. La ley puede garantizar la libertad del hombre sin oprimirlo a condición de que la ley no sea el decreto arbitrario de un déspota y de que el individuo no reclame bajo el nombre de libertad una independencia sin norma, sino la participación en la configuración de esa propia ley.

La limitación recíproca representa, en cuanto tal, un aseguramiento de la libertad; la renuncia a la libertad es recompensada con un derecho a la libertad. Aquí la recompensa no significa —indica Otfried Höffe— el efecto de la renuncia a la libertad en tanto causa; más bien no es otra cosa que el lado positivo de la renuncia a la libertad. Allí donde se renuncia recíprocamente a la libertad de matar, se asegura automáticamente la integridad física y la vida; allí donde se renuncia a la libertad de ofender, se protege *ipso facto* el honor. Así, renuncia a la libertad y derecho a la libertad son los dos lados de un mismo proceso social; las renuncias a la libertad son las condiciones de la posibilidad de los correspondientes derechos de libertad.<sup>260</sup>

161

Por otra parte, pareciera que la ley es anterior a la libertad, sin embargo, no es así, pues el derecho no tiene comienzo ni consistencia alguna, si los hombres no lo instituyen libremente, si los hombres no viven en libertad con él y debajo de él y con él están de acuerdo. El ordenamiento jurídico no está dado de antemano —indica Brieskorn— como una relación natural, de manera que sólo necesitase de la elaboración y configuración artificial. El derecho requiere una elaboración constante; puede, incluso, caer en el olvido, puede anquilosarse y convertirse en un antiderecho cuando impide la mediación de los espacios de libertad.<sup>261</sup> La libertad, en tanto que ordenada a la libertad de otras personas, tiene necesidad de la institución y, por tanto, del derecho. El derecho es una estructura y un fiador del espacio de las decisiones, del origen y del fin de la libertad. Por esta razón, en la medida

<sup>259</sup> Todorov, T., *El hombre desplazado*, pp. 186-187.

<sup>260</sup> Höffe, O., *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. Jorge M. Seña, Alfa, Barcelona, 1988, p. 73.

<sup>261</sup> Brieskorn, N., *Filosofía del derecho*, trad. Claudio Gancho, Herder, Barcelona, 1993, p. 35.

en que el derecho quiere mantener y desarrollar la libertad, se puede hablar del cometido liberador del derecho. El derecho no se instituye por causa de algún tipo de utilidad —como sostendrían los utilitaristas—, sino que deriva del hombre, que quiere organizar y cargar con una responsabilidad; ambas cosas se las posibilita el derecho.

Sólo la vida en derecho —puntualiza Brieskorn— hace expresivo un lado de la vida humana. Contribuye a la humanización del individuo y, gracias a su función mediadora, comporta la autocomprensión de la sociedad en sí misma. La libertad no sólo es el motivo determinante del derecho, sino que constituye también su objeto determinante.<sup>262</sup> ¿Por qué interviene el derecho limitando la libertad de las personas? Por la razón —responde Antonio Osuna— de que esas acciones libres pueden volverse conflictivas o perjudiciales y obstructivas de los bienes sociales o de los bienes de otros ciudadanos. De ahí que toda ley jurídica siempre sea limitación de las posibilidades de actuación de las personas y, por lo mismo, restrictiva de su omnímoda libertad de acción.<sup>263</sup>

Se puede preguntar, entonces, ¿el derecho y la libertad se contraponen y son incompatibles? Para Kant, el principio general del derecho no es más que el intento de salvaguardar la libertad de todos los individuos en igualdad de condiciones en la sociedad. El principio formal de todo el orden jurídico es la coexistencia de la libertad de todos dentro de un orden. La vida social —y dígase, el derecho— no puede anular la libertad, sino sólo protegerla. Libertad, que al mismo tiempo, debe ser integrada en un ordenamiento social tal que, sin anularla, la haga compatible con la libertad de todos. Por estas razones, la formulación del principio general del derecho, según Kant, es: “Una acción es conforme a derecho (*recht.*), cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal de libertad”.<sup>264</sup> El derecho, por tanto, cumple

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 35-36.

<sup>263</sup> Osuna, F.-L., A., *op.cit.*, p. 126.

<sup>264</sup> Kant, E., *La metafísica de las costumbres*, p. 39.

con su propósito de realizar la justicia cuando regula las conductas libres de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Por otro lado, la prueba de que la igualdad se considera como un principio fundamental de la democracia, consiste —según Kelsen— en que no se atribuye la libertad a éste o aquél por valer más que el otro, sino que se busca hacer libres al mayor número posible de hombres.<sup>265</sup> Ante lo cual, habrá que hacer hincapié en que es el valor de la libertad y no el valor de la igualdad el que define en primer lugar la idea de la democracia. Históricamente, la lucha por la democracia ha sido una lucha por la libertad política, esto es, por la participación del pueblo en las funciones legislativa y ejecutiva. La libertad política no es servilismo, porque éste implica la obediencia a una autoridad a la que se desprecia. La libertad política —dice Raymond Aron— contribuye a hacer a los hombres dignos de ella, a hacer de ellos ciudadanos, ni conformistas ni rebeldes, críticos y responsables.<sup>266</sup> Es un hecho que la democracia no nos viene dada —indica Bilbeny—, empieza con cada acto en su favor, por modesto que parezca, y termina cuando renunciamos a ser libres y a ver al otro como un igual.<sup>267</sup> En palabras de Todorov, la democracia no es un estado ‘natural’, en el sentido de exigir la pertenencia de todos los ciudadanos a una categoría cualquiera (raza, religión, etc.), sino contractual.<sup>268</sup>

163

En este punto tan relevante, es conveniente también tener en cuenta con Alejandro Nieto, que la tapia que separa el despotismo de la libertad, la iniquidad de la justicia, no es la forma de elección del *imperante*, sino la *existencia y operatividad* de los mecanismos de control de la autoridad. Por lo mismo, es importante separar democracia de despotismo, que no son términos isomórficos. El factor democrático se refiere a la forma de elección, mientras que el factor despótico se refiere a la forma, controlada o no, de

<sup>265</sup> Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía*, trads. Rafael Luengo y Luis Legaz y Lacambara, Ediciones Coyoacán, México, 2005, p. 23.

<sup>266</sup> Aron, R., *op. cit.*, pp. 193-194.

<sup>267</sup> *Op. cit.*, p. 13.

<sup>268</sup> Todorov, T., *El nuevo desorden mundial*, p. 121.

actuación.<sup>269</sup> Al respecto, en 1996, Juan Pablo II decía al Consejo Pontificio Justitia et Pax:

La doctrina social de la Iglesia condena todas las formas de totalitarismos, puesto que niegan la dignidad trascendente del ser humano; y, expresa su estima por los sistemas democráticos, concebidos para asegurar la participación de los ciudadanos [...] Sin embargo, existe un motivo de inquietud: en numerosos países, la democracia, tanto si se ha afirmado después de mucho tiempo como si ha comenzado recientemente, puede correr peligro por puntos de vista o conductas que se inspiran en la indiferencia o el relativismo en el campo moral, ignorando el auténtico valor del ser humano. Una democracia que no se funda en los valores propios de la naturaleza humana corre el riesgo de comprometer la paz y el desarrollo de los pueblos.<sup>270</sup>

164

## Tolerancia e intolerancia (límites)

No obstante lo que hemos escrito aquí sobre la tolerancia, puede dar la impresión de que es algo abstracto; y que por lo mismo, la mejor forma de describirla es como una actitud o una situación social. Sin embargo, ninguna de esas percepciones es válida por separado. La tolerancia, como situación social, es inseparable de la actitud tolerante en el conjunto de la sociedad. Si la tolerancia es una situación deseada o valorada por la sociedad, la actitud tolerante será igualmente valorada y considerada como un atributo deseable socialmente.

A pesar de lo anterior, y como sucede por lo general con lo positivo y lo bueno, la tolerancia es difícil de evaluar y observar. La intolerancia, en cambio, se percibe con facilidad, especialmente cuando conlleva una violación

<sup>269</sup> Nieto, A., *Balada de la justicia y la ley*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 58-59.

<sup>270</sup> “Los valores de la democracia, al Consejo pontificio Justicia y Paz, 10 de noviembre de 1996”, en Abadía de Solesmes, *op. cit.*, pp. 129-130.

de derechos humanos. Podemos evaluar fácilmente las consecuencias de la intolerancia —dice Federico MÁyor— ante la presencia de relaciones humanas envenenadas y de todo tipo de discriminación social marcadamente destructiva, y su aparición en forma de conflictos violentos con frecuencia mortales.<sup>271</sup> No sucede lo mismo con la tolerancia, no sólo por ser más callada y menos estrepitosa que la intolerancia, sino que además, por un lado, pretende evitar y reducir la consecuencia humanamente destructiva que trae consigo la intolerancia y que se manifiesta en los comportamientos personales y las políticas públicas; y por otro, que está en el núcleo mismo de la responsabilidad social, en una sociedad pluralista. El pluralismo es ciertamente punto de partida, señala Augusto Hortal, pero no un dato incuestionable; es posible seguir razonando sobre los temas sobre los que no hay acuerdo entre las tradiciones morales sustantivas.<sup>272</sup>

165

La tolerancia en sentido negativo, se constituye en antídoto de la intolerancia, que se manifiesta en reacciones negativas, agresivas o de exclusión, las cuales deben ser impedidas tanto a nivel personal como colectivo. También las pautas y leyes en materia de derechos humanos indican algunas limitaciones en lo que los gobiernos no pueden hacer a los ciudadanos y en lo que los ciudadanos no deben hacer a otros ciudadanos. Esta limitación no es otra cosa que el mínimo de respeto al prójimo socialmente exigible, que al no tomarlo en cuenta, el individuo o la misma sociedad incurrirán en la intolerancia.

En cambio, la tolerancia en su dimensión positiva, pide responsabilidad en la creación de aquellas condiciones que son esenciales para la vivencia y ejercicio de los derechos humanos y la paz: apertura e interés positivo por las diferencias y un respeto por la diversidad; valor para reconocer la injusticia y coraje para superarla; resolviendo las diferencias existentes de manera constructiva, y pasando de situaciones de conflicto a la reconciliación y reconstrucción social. Es necesario por esto en la práctica, pues vivimos

<sup>271</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>272</sup> “La justicia entre la ética y el derecho”, en F. J. L. Fernández y A. A. Hortal (comps.), *op. cit.*, p. 23.

en una cultura —observa Hortal— en la que los distintos no dialogan y los que dialogan entre sí no son distintos. Frente a esta realidad, hay que saber ser distintos y convivir y dialogar con otros que no comparten nuestras diferencias y convicciones. Aprender a conocer, respetar, comprender a otros que no comparten nuestras convicciones e ideas sin por eso relativizarlas; hay que saber convivir con ellos.<sup>273</sup>

Lo anterior lo podemos traducir en términos de límites de la tolerancia. De la misma manera que la libertad para ser tal tiene unos límites más allá de los cuales deja de ser libertad para degenerar en licencia, así, la virtud de la tolerancia conlleva una serie de límites más allá de los cuales se convierte en vicio, bien por defecto (fanatismo), bien por exceso (permisividad). A este respecto Höffe propone como criterio para tales límites:

166

la exigencia de no imponer a nadie una limitación a su libertad que no les sea impuesta igualmente a todos los demás. En este criterio de la libertad igual —que sobre todo se manifiesta en los derechos humanos— consiste el principio supremo de justicia. La medida de la tolerancia reside pues en la libertad y la justicia y, más concretamente, en los derechos humanos.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> *Idem.*

<sup>274</sup> Höffe, O., *Estudios sobre la teoría del derecho y la justicia*, pp. 148-149.