

## Capítulo IX

### LIBERTAD Y LEY

Donde no hay ley, no hay libertad.

LOCKE

#### 1. Libertad política

Así como la democracia puede ser muerta por una “mayor democracia”, igualmente la libertad política puede ser muerta en nombre de la “verdadera Libertad”.

¿Es el hombre verdaderamente un agente libre?, ¿está dotado, verdaderamente, de libre albedrío? Es la pregunta que atraviesa toda la teología y la ética cristiana. Y, ¿cuál es la naturaleza última, la esencia, de la libertad? Para Spinoza, la libertad era la perfecta racionalidad, para Leibniz, la espontaneidad de la inteligencia; para Croce, la expansión perenne de la vida. Y la mayor parte de la reflexión moral moderna concibe la libertad como autorrealización, como incesante expansión y expresión del yo. Sin embargo, todas estas determinaciones son sobre una libertad última colocada *in interiore hominis*. Por el contrario, ninguna de estas determinaciones ve a la libertad como *relación* de mi ser libre o no-libre en relación con otros. Y la libertad política se despliega toda en la relación: es coexistir en libertad y resistir a la libertad.

Es necesario distinguir, entonces, entre *a) libertad interior y libertad de querer, por un lado, y b) libertad exterior y libertad de hacer, por el otro*. En filosofía y en ética nos ocupamos de la primera; en política, de la segunda. Lo que quiere decir que la libertad política no es ni una libertad metafísica, ni última, ni omnímoda; es una libertad empírica, específica y *práctica*.

Locke es de los pocos filósofos que han comprendido bien la diferencia que hay entre libertad metafísica y libertad empírica, haciendo así a un lado el error de proponer soluciones filosóficas a problemas prácticos.

En el *Saggio sull'intelletto umano*, Locke concibe la libertad como auto-determinación (vol. I, libro II, cap. 21), mientras que en los *Due trattati sul governo*, la define como “no sujeta a la voluble, incierta, desconocida, ignorada, arbitraría voluntad de otro hombre” (vol. II, cap. IV, párrafo 22).

Y el autor que mejor ha centrado la noción de libertad política es Hobbes, cuya notable definición es: “libertad, propiamente, significa ausencia... de impedimentos externos” (*Leviatán*, cap. 21).<sup>1</sup> Hobbes centra el problema porque la libertad política se aplica a la relación ciudadanos-Estado, considerada *desde el punto de vista de los ciudadanos*. Si consideramos la relación Estado-ciudadanos desde el punto de vista del Estado, decir que el Estado es “libre para” introduce un planteamiento sobre los arbitrios del poder, es decir, sobre la no-libertad política. El Estado tiránico es libre de mandar a su placer, pero ello priva a los súbditos de cualquier libertad: no es un Estado libre, sino opresor. Cuando se habla de libertad política, se habla, entonces, de una atribución de poder en poderes dispersos, mínimos, o de cualquier modo, minoritarios. El problema de la libertad, en sentido político, se abre con esta pregunta: ¿cómo tutelar y garantizar a los poderes potencialmente perdedores?

He ahí por qué la libertad política asume una caracterización que es llamada “negativa”, aunque sería mejor llamarla protectora. La libertad política es la libertad de los más débiles, por tanto se trata de una libertad defensiva es la *libertad de*: los ciudadanos son libres, siempre y cuando no encuentren impedimentos. Se comprende que una libertad como “no-impedimento” no es un fin en sí misma, de explicación positiva: se quiere estar “libres de” para poder ser “libres para”. Pero la libertad política no se caracteriza por esta implicación positiva, sino por su presupuesto protector. Todas las libertades son libertades *de*: pero la condición de todas las libertades es la de ser libre *de*. No se puede saltar la libertad en sentido negativo, porque de otra manera no se llega nunca a la libertad en sentido positivo. Olvidémonos, por un instante, de la condición de “no

<sup>1</sup> Hobbes coloca su definición en el contexto de la “libertad natural”, calificándola como ausencia de impedimentos *of motion*, de movimiento; pero, la transpone también en el contexto de la libertad civil, de la “libertad de los súbditos”.

estar impedidos”, y todo el edificio de las libertades no cuenta nada. Si todo eso que disgusta al soberano me puede ser prohibido, ¿qué libertad me queda? ¿La libertad *de* obedecer? Muchas gracias.

Libertad *de* es, obviamente, una fórmula abstracta. En concreto, nunca se da libertad por *cualquier* impedimento externo. En concreto, la libertad política rechaza el poder arbitrario y absoluto exigiendo su transformación en poder legal, en un poder limitado por leyes iguales para todos. La libertad política combate el abuso de poder; lo que pide es el poder de controlar y limitar el ejercicio del poder. En concreto, el estado de “no estar impedidos” siempre se debe especificar así: nadie debe estar impedido para x, y y z; variables que son precisadas de vez en cuando y en cuya función vienen “las amenazas” así como los “dominios reservados” en los que nos fijamos. En la civilización occidental estos dominios reservados se establecen por valores expresados por el cristianismo, por el iusnaturalismo y por una ética de “derechos”. En otras civilizaciones serán otros. Pero, en cualquier civilización, la ausencia de cualquier libertad *de* es seguramente indicación de despotismo.

A la libertad política, concebida como libertad *de* se le objeta por ser una libertad incompleta. Así es; pero ¿por qué no? Todas las libertades prácticas que sustancian la exteriorización de las libertades son, incompletas, una a una. Para Rossiter (1958, pp. 16-18) nuestra idea general de libertad contiene cuatro elementos: 1. independencia, 2. *privacy*, 3. poder, 4. oportunidad. Yo lo rectificaría así: independencia, *privacy*, capacidad (habilidad), oportunidad, poder. Y la pregunta se transforma en: ¿cuál es la relación entre los dos primeros elementos (independencia y *privacy*, las libertades negativas) y los otros tres (capacidad, oportunidad y poder: las libertades positivas)? Respondo: es una razón *de procedimiento*, entre condiciones y consecuencias. Si *antes* hay independencia y *privacy*, entonces llegan a ser posibles, *después*, las libertades positivas. En cuanto a la libertad “completa”, lo completo se da en el conjunto, en toda la serie. Por lo tanto, reconocer que la libertad *de* es una libertad incompleta no quita que sea necesaria y que sea condición indispensable de todas las libertades *de*. Basta y sobra.

Adviértase, un orden de procedimiento no es un orden de importancia. Somos libérrimos para considerar que la libertad que más nos importa es la última de la serie: la libertad que nos da poder (de hacer). Queda, como

verdad, que sin independencia (la primera libertad de la serie) la libertad como poder no sigue ni se consigue. Todo el meollo está aquí: pero, es un punto crucial. Sin derechos no hay ejercicio de los derechos. La libertad está siempre por ser “afirmada” (votando, participando, demostrando); pero, antes, es necesario que mi acción de afirmar (hacer) no sea obstaculizado. Al final, libertad y libertad *de escoger*. Pero, antes, debo ponerme en condiciones para escoger: lo que presupone que mi selección no sea impedida. Y entonces —repito— la libertad como no-impedimento (en negativo) debe preceder a todas las libertades en positivo: es su *sine qua non*.

## 2. La libertad liberal

Hasta ahora sólo he hablado de libertad *política*, no de libertad *liberal*. Libertad *de* es el enfoque del problema; en cambio, libertad liberal es la solución elaborada por el liberalismo.

En resumen, la libertad política procura la protección del ciudadano contra la opresión. ¿Cómo? Cicerón lo decía con espléndida concisión: *legum servi summus ut liberi esse possimus*, seamos siervos de la ley con el fin de poder ser libres (*Oratio pro Cquentio*, 53). Y ya advertía Aristóteles que vivir según los dictados de la *politeía* “no es servidumbre sino, más bien, salvación” (*Política*, 1310 a). El punto esencial es, desde siempre éste: somos libres cuando obedecemos a leyes y no a patrones. Pero, si libertad (política) es libertad en la ley y mediante leyes, es necesario saberlo y saber cómo hacerlo.

A los griegos no se les logró la empresa. No encontraron el momento de estabilizar los *nómoi*, sus leyes, en un justo medio, entre el extremo de las leyes sagradas e inmutables y el opuesto extremo de las leyes humanas y mutables. Los griegos llegaron rápidamente a una concepción legislativa del derecho que permitía al *demos* hacer y deshacer las leyes a su gusto y, en tal modo, el gobierno de las leyes refluía, desvaneciéndose, en el gobierno de los hombres. Por lo tanto, la tradición jurídica del Occidente se remonta a los romanos quienes desarrollaron poco a poco un sistema de derecho judicial que luego se transmitió al medievo en forma codificada (desde los jurisconsultos del Imperio) y gestionado hasta las codifi-

caciones napoleónicas como un sistema de derecho común, de *common law*, que poco a poco es reconcebido, en la tradición anglosajona, como un sistema de *rule of law*, de regla (o mando de la ley). El límite de la tradición romanista es que un derecho de producción judicial es ampliamente privatístico —disciplina al contencioso entre particulares— y que deja ampliamente descubierta a la disciplina de los poderes públicos. Para llegar a un sistema jurídico que vincule al poder político es necesario llegar, entonces, al constitucionalismo liberal, al Estado de derecho en la acepción literal-constitucional de la expresión.<sup>2</sup>

La idea que poco a poco se afirma en la evolución constitucional de la *rule of law* anglosajona es que el poder público puede ser controlado con “frenos y contrapesos” y sometido a una ley “superior”, la normativa constitucional, que lo vincula, tanto estructuralmente como en cuanto al procedimiento. La regla de la arquitectura del constitucionalismo es variada y compleja. Aquí, sólo importa subrayar que las ideas que poco a poco se traducen, en el mundo real, en un sistema de garantías jurídicas, que garanticen en verdad la libertad política, son ideas que nosotros llamamos “liberales” para identificar una paternidad que, ciertamente, no es una paternidad de tipo democrático.

El hecho es que la solución liberal-constitucional del problema del poder se funda sobre el derecho, y que el derecho es *límite*, un conjunto de límites *limitantes*. Y la idea de legalidad limita, *in primis*, el poder popular. Como notaba Kelsen (1966, p. 84) una democracia “sin aquella autolimitación que represente el principio de la legalidad se autodestruye. De hecho, la democracia antigua se autodestruyó porque los griegos no lograron la conquista del derecho como límite. Por lo tanto, si la democracia de los modernos retoma en sí las nociones de libertad y de legalidad, estas nociones “en términos de buena lógica le son extrañas” (Jouvenel, 1947, p. 290). Extrañas, precisamente, porque llegan a la democracia del liberalismo. Duverger (1955, p. 3) recuerda oportunamente que “cuando Laboulaye le pone a la colección de los escritos de Benjamin Constant el título *Curso de política constitucional*, quería decir *Curso de política liberal*. Los regímenes ‘constitucionales’ son los regímenes ‘liberales’.

<sup>2</sup> Una reconstrucción cuidadosa es de Matteucci. *Dal costituzionalismo al liberalismo* (1975). Matteucci antepone el constitucionalismo al liberalismo, mientras que yo intento redefinirlo en sentido constitucional. La sustancia no cambia.

Así es. La política liberal, y el constitucionalismo, son la resolución del problema de la libertad en el contexto de la libertad constitucional".

### 3. Supremacía de la ley y democracia en Rousseau

A Rousseau le gustaba ir contra la corriente y desmentir en todo a sus contemporáneos. Y sin embargo, la tesis que más apreciaba, la tesis que propugnó sin desmayo, era que la libertad estaba fundada por la ley y con la ley. La tesis es antigua; la originalidad de Rousseau está en el modo y en la furia con la que la ha sostenido. Rousseau no pensaba en lo más mínimo en liberar al hombre por medio de la soberanía popular. Y así, desde hace medio siglo, se ha hecho de él un "superante" democrático de la democracia liberal. Es importante restablecer la verdad. Por una vez, citaré extensamente dejando la palabra a los textos.<sup>3</sup>

El problema de la política "que yo comparo al de la cuadratura del círculo en geometría —escribía Rousseau en las *Consideraciones sobre Polonia*— es poner la ley por encima del hombre".<sup>4</sup> En la *Economía política*, compilada probablemente en 1754 por la Enciclopedia, afirmaba: "Es únicamente a la ley a la que el hombre debe la justicia y la libertad." En la dedicatoria del *Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres* observaba: "Ninguno de vosotros está tan poco iluminado como para no saber que allá, donde disminuye el vigor de las leyes y la autoridad de sus defensores, no pueden haber ni seguridad ni libertad para nadie." En la primera relación de *El contrato social* (1756), la ley era llamada "la más sublime de las instituciones humanas", y en la condensación, de manera "breve y fiel", del contenido de las *Cartas desde la montaña*, Rousseau decía: "cuando la ley es... sometida a los hombres, no quedan sino esclavos y patrones". Era la certeza de la que se declaraba más cierto: "La libertad sigue siempre la suerte de las leyes, ella reina o perece con éstas: nada me es más cono-

<sup>3</sup> Los escritos más citados de Rousseau serán también mencionados en las siguientes abreviaciones, C.S. por *El contrato social*; *Discurso por el Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*; C.M. por *Cartas desde la montaña*; C.P. por *Consideraciones sobre Polonia*.

<sup>4</sup> Agregaba: "de otra manera, estad seguros de que allá donde creéis de hacer reinar las leyes, serán los hombres quienes reínen" (C.P., 1).

cido, con mayor certeza”.<sup>5</sup> “Y siempre fue mi pregunta —revela en las *Confesiones*— ¿cuál es la forma de gobierno que, por su naturaleza, siempre se tiene por más apegado a la ley?”.<sup>6</sup>

La pregunta es constante, pero el problema es similar a aquel de la cuadratura del círculo. En el *El contrato social* (II, 6) el problema se traducía en esta cuestión angustiante: “¿Cómo podrá una multitud ciega, que con frecuencia no sabe lo que quiere, porque raramente sabe lo que está bien para ella, poner en ejecución por sí misma una empresa de tal magnitud y tan difícil como un sistema de legislación?” Entonces la solución debe buscarse en el “sistema de legislación” y en el modo en que son hechas las leyes. En concreto, para Rousseau el problema sólo podría ser resuelto en un modo: legislando lo menos posible. Era un remedio sobre el que había meditado desde hacía tiempo, ya que en la “Dedicatoria” del *Discurso sobre la desigualdad* había recordado que los atenienses perdieron su democracia porque cada uno proponía leyes a su fantasía, mientras que, en cambio, es la antigüedad de las leyes la que las hace santas y venerables.<sup>7</sup> En *El contrato social* (IV, 1) Rousseau observaba que el Estado “tiene necesidad de muy pocas leyes”. Y dirigiéndose a los ciudadanos de su Ginebra preferida escribió: “Vosotros tenéis leyes buenas y sabias, sea de por sí, sea por el simple hecho de que son leyes... Desde el momento en que la constitución de vuestro Estado ha asumido una forma definida y estable, vuestras funciones de legislador han terminado: la seguridad del edificio quiere ahora que haya muchos obstáculos que prohíban tocarlo, cuántas facilidades se requerían antes de construirlo... La obra está completa, se trata de hacerla inalterable”.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> C.M. parte I, carta V; parte II, carta VIII: Rousseau había prometido: “No hay... ninguna libertad sin leyes, ni allá en donde alguien esté por encima de la ley... Un pueblo libre obedece a las leyes, pero no obedecen más que las leyes y es por la fuerza de las leyes que no obedece a los hombres... Un pueblo es libre... cuando, quien lo gobierna, de hecho no ve al hombre, sino al órgano de la ley” (*ibid.*). Y en la parte II, carta, IX, precisaba: “El ciudadano no quiere sino las leyes y la observancia de las leyes. Todo individuo... sabe bien que, si hay excepciones, no serán a su favor. Por ello, todos temen a las excepciones, y quien teme a las excepciones ama la ley”.

<sup>6</sup> *Confesiones*, Libro IX. Es la reformulación de esta interrogante: “¿Cuál es la naturaleza de un gobierno adecuado para formar el pueblo más virtuoso, más iluminado, más sabio, en suma, el mejor?”

<sup>7</sup> La crítica contra la volubilidad legislativa de los atenienses es retomada en el *El contrato social*, II, 4. Véase también C.S., III, 1.

<sup>8</sup> C.M., parte II, carta IX. También todas las *Consideraciones sobre Polonia*, están

El punto es, entonces, que las leyes de Rousseau son leyes con mayúscula: pocas, generalísimas, fundamentales, antiguas y casi leyes supremas inmutables. En el *El contrato social* (II, 7) él invocaba al legislador —algún Moisés, algún Licurgo, algún Numa— es decir, “a un hombre extraordinario en el Estado” que desempeñe “una función particular y superior que no tenga nada en común con el reino humano”, porque “se necesitarían dioses para dar leyes a los hombres”. Y en la “Dedicatoria” del segundo *Discurso*, Rousseau declara que la República que escogería es aquella en la que los individuos “se contentan de dar la sanción a las leyes”. De hecho, Rousseau no pensaba en un pueblo legislador, hacedor de leyes. Para él, el pueblo sólo debía ser juez y custodio de la ley. Rousseau se proponía liberar al hombre por medio de un gobierno impersonal de leyes superiores y sobrepuertas a la voluntad que las emana: tal voluntad las reconoce pero no las crea, las salvaguarda pero no las modifica. ¿Cómo? ¿Cómo se hace? Para Rousseau era necesario un *Deus et machina* y el dios al que se agarra, es la *volonté générale*.

La dicción “voluntad general”, era, en aquel tiempo, de uso corriente. Diderot, en la voz “Derecho Natural” en la *Encyclopédie*, la había definido así: “la voluntad general es en cada individuo un acto puro del entendimiento que razona en el silencio de las pasiones”. Rousseau no acepta esa definición. ¿Por qué? No creo que lo que parecía inaceptable a los oídos de Rousseau fuese el sabor racionalista de la definición de Diderot, es decir, la reducción de la voluntad general a un “acto puro del entendimiento”. Rousseau no accedía a una concepción voluntarista del querer. En *El contrato social* afirmaba que, en el estado civil, el hombre debe “consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones” (I, 8) y que someterse al estado civil, significa sujetarse a una “ley de razón” (II, 4).<sup>9</sup>

impregnadas por la exhortación de “mantener y restablecer los usos antiguos” (cap. III). También se debe tener presente que Rousseau incluye en las leyes y costumbres que, más bien, las juzga como la especie de ley más importante (C.S., II, 12). Lo que estratifica, o de cualquier manera inmoviliza ulteriormente, la solución rousseaniana.

<sup>9</sup> Se debe subrayar que Rousseau es “racionalista” cuando su problema es de “desnaturalizar” al hombre en el ciudadano, no lo es cuando su problema es, a la inversa, el de educar al hombre “según la naturaleza”. Rousseau contempla en sus escritos dos hipótesis alternativas. Cuando la sociedad es muy grande y corrupta, no hay más que salvar al individuo. Por ello en el *Emilio*, Rousseau exhorta hasta cancelar las palabras patria y ciudadano, y exalta el amor por sí mismo: en este contexto, el hombre se debe dar todo entero a sí mismo. Y, también es éste el contexto de la “ética del sentimiento”. En cambio, cuando la ciudad, la

Rousseau, entonces, podía aceptar muy bien el “silencio de las pasiones” requerido por Diderot; pero no podía aceptar la respuesta de Diderot, a la pregunta *ou est le dépôt de cette volonté générale?* Para Diderot, este “depósito” estaba “en cada individuo”. Pero, si así fuera, la voluntad general a Rousseau no le servía para nada.

Rousseau advertía la crisis del iusnaturalismo y su problema era de encontrar un *Ersatz*, una entidad que hiciera sus veces. Es en esta óptica que debemos entender que la voluntad general no es ni la “suma de voluntades particulares” (*El contrato social*, II, 3), ni una voluntad individual depurada de todo particularismo y egoísmo, sino, en cambio, un poco de las dos y otras cosas todavía. Volvamos a leer. Cuando el Estado es pequeño y sano “el bien común se descubre por sí” y cuando son necesarias nuevas leyes “esta necesidad se ve universalmente. Quien lo propone primero no hace sino decir lo que todos han oído” (*ibid.*, IV, 1). Pero, cuando, al otro extremo, el Estado está próximo a la ruina “entonces la voluntad general enmudece”. Aquí no ocurre que la voluntad general “esté acabada o corrupta. No, esa es siempre constante, inalterable y pura” (*ibid.*). Observo: si es así, entonces las leyes no son producidas *ex homine*, sino, que se reconocen y declaran *ex ratione*; y la voluntad general las carga y contiene en sí misma, exactamente como el iusnaturalismo las cargaba y contenía en sí mismo. Si la voluntad general verdaderamente fuese *volontá*, cuando está inerte no sería, y cuando es muda no desearía. En cambio, la voluntad general es “indestructible” (*ibid.*, IV, 1). Lo que equivale a decir que la voluntad general es un ente de razón *objetivo* desvinculado de contingencias subjetivas; y vuelve a decir que la voluntad general es un equivalente antropomórfico del “orden natural” y de esa “razón natural” que lo agarraba y reflejaba.

Es verdad que en Rousseau encontramos, también, una posición *subjetiva*. El iusnaturalismo se anulaba en la trascendencia; a Rousseau le era necesario un anclaje en la inmanencia. Por lo tanto, Rousseau se afana en

sociedad es pequeña, todavía patriarcal —es la segunda hipótesis— entonces se debe salvar la colectividad: es el problema de *El contrato social*. En tal caso, el ciudadano debe cancelar al hombre, el singular muere como “particular” y se debe dar por completo al entero. Y, aquí, en este contexto, el “sentimiento” es puesto al margen y sustituido por la razón. Aquí “los particulares ven el bien que repudian; el público quiere el bien que no ve... Es necesario obligar a los primeros a *conformar su voluntad a su razón*; enseñar al otro a *conocer lo que se quiere*” (C.S., II, 6: el cursivo es mío).

mantener a la voluntad general en contacto con la voluntad de todos. Así, después de haber asentado que la “voluntad general está dirigida siempre y tiende siempre al bien público” (*ibid.*, II, 3), él admite que la voluntad general se pueda contar, que resulta de una “suma de diferencias”, es decir, después de que los más y los menos de las voluntades particulares se hayan cancelado recíprocamente. Pero, luego, inmediatamente corrige: “con frecuencia hay gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general” (*ibid.*).<sup>10</sup> La verdad es que Rousseau intenta conciliar lo inconciliable.

Un conteo sólo puede revelar (eventualmente) la voluntad general: no puede producir su esencia. La voluntad general no es un agregado al que se llega sumando: es una, indivisible e indestructible. La voluntad general es una voluntad moral constituida por elementos cualitativos y caracterizada por una objetividad decidida: porque debe ser “general” en la esencia, en su origen y por su objeto (*ibid.*, II, 4, 6). Admitiendo, también, que en las consultas populares se cumpla la compensación que destruye las perturbaciones y las pasiones particulares —porque para que se llegue a la “calidad” de voluntad general se requiere de otra cosa— es necesaria la *buena voluntad*, se requiere la pasión patriótica y es necesario, también, que el juicio que inspira el pueblo sea iluminado. No son cláusulas que valgan poco; son cláusulas que delimitan férreamente la soberanía popular.

El pueblo quisiera el bien, pero no ha dicho que lo vea; entonces, no es la voluntad general la que se decide en la soberanía popular, sino, al revés, la voluntad popular es la que se debe decidir en la voluntad general. De hecho, Rousseau no pide al pueblo que rechace o apruebe una propuesta de ley, sino, que ésta sea más o menos conforme con la voluntad general (*ibid.*, IV, 2).

La democracia de Rousseau ¿era verdaderamente una democracia? Comencemos por precisar que la noción no tiene, en Rousseau, ninguna preminencia y ni siquiera eminencia. Como ya se ha notado (véase antes, VIII.4.), también para él el gobierno óptimo, el Estado “guiado por la voluntad general que es la ley”, debe decir República (*El contrato social*, II, 6). Democracia es una subespecie junto a aristocracia y monarquía, y “el gobierno democrático conviene a los Estados pequeños, la aristocracia

<sup>10</sup> La diferencia es que “siempre se quiere el bien, pero, no siempre se ve” (C.S., II, 3). Pero, si es así, el problema demanda “ver el bien”.

a los medianos, y la monarquía a los grandes” (*ibid.*, III, 3). Y en el capítulo dedicado a la democracia, Rousseau advierte que la democracia es difícilísima y que “no hay gobierno tan expuesto a guerras civiles y agitaciones intestivas como el gobierno democrático y popular” (*ibid.*, III, 4). Entonces, el tema de Rousseau no era, de ningún modo, la democracia: era el *El contrato social*.

En segundo lugar, también debemos comprender qué entendía Rousseau por “pueblo”. Rousseau distinguía claramente pueblo de populacho. Para él, el pueblo son únicamente los “ciudadanos”, únicamente los “patriotas”.

Tanto en el proyecto de Constitución sobre Polonia, así como en el de Córcega, Rousseau preveía un meticuloso *cursus honorum* que equivalía a una habilitación de la soberanía. De las *Cartas de la montaña* resulta muy claro que la igualdad era para Rousseau una condición intermedia entre el mendicante y el millonario, representada por la media burguesía. Entre ricos y pobres, el pueblo de Rousseau no está lejos de lo que será en Hegel la “clase general”. Pero, como siempre, Rousseau es un caso aparte. Respecto del *demos* griego, su pueblo no estaba constituido por los pobres (si acaso, los pobres eran el *populacho*). Y respecto a la “clase general” de Hegel, su pueblo era una clase pequeñísima: una aristocracia altamente seleccionada de “ciudadanos”.

Entonces, y regresando al punto, ¿qué democracia fue la llamada democracia de Rousseau? Diría que fue una democracia literal, hecha inofensiva, en la que la voluntad popular está sustituida y amordazada por la voluntad general.

También, paralelamente, podemos decir así: que la democracia de Rousseau era la democracia antigua, detenida en el *nomos* de Herodoto: la ley del gobierno de la ley. Un gobierno de la ley —atención— eminentemente estático. Rousseau propone una democracia inmóvil que debe legislar lo menos posible, que puede mantenerse, solamente, a condición de no hacer o de hacer lo mínimo. Él ha dedicado toda su ingeniosidad y todos sus cuidados meticulosos al fin de enredar las fuerzas que —irónicamente— se han desencadenado en su nombre.

*Ex post*, también podemos sostener que Rousseau de hecho ha creado una democracia jacobina, omnívora y totalitaria. Pero esto no era cierto en su entendimiento. El pensamiento de Rousseau declaraba: “Hubiera querido nacer bajo un gobierno democrático sabiamente moderado” (Dedicatoria).

En el tercer *Diálogo*, subraya que él: “había insistido siempre en la conservación de las instituciones existentes”. En 1765 escribía a Buttafuoco: “He tenido y siempre seguiré como máxima inviolable, el principio de portar el respeto más profundo hacia el gobierno bajo el que vivo, y de no involucrarme en quererlo... reformar de alguna manera.” El proyecto de reforma sobre Polonia es toda una invitación a la prudencia en la aplicación de las reformas, y una de las más sarcásticas refutaciones de la medicina revolucionaria se encuentra, precisamente, en este texto: “Me río de aquello pueblos... que se imaginan que para ser libres basta ser revoltosos” (*Consideraciones sobre Polonia*, cap. VI).

Rousseau juzgaba reformable, por medio de la legislación, sólo a Córcega, porque a su juicio era el único Estado bastante joven como para procurarse un rejuvenecimiento (*El contrato social*, II, 10). Por el resto, advertía que “una vez que las costumbres se establezcan y los prejuicios arraiguen, es una empresa vana y peligrosa quererlos reformar” (*ibid.*, II, 8), y, aludiendo a los cambios de régimen, advertía que “estos cambios son siempre peligrosos... y nunca hay necesidad de tocar a un gobierno establecido, sino cuando llegue a ser incompatible con el bien público” (*ibid.*, III, 18).

Por otra parte, con Rousseau estamos en las antípodas de la solución liberal. Él rechazaba a los representantes, quería una democracia directa y, por cuanto fuera posible, unánime; pretendía que los magistrados no tuviesen alguna voluntad propia, sino sólo la fuerza para imponer la voluntad general. Rousseau decía “voluntad”, pero de hecho no pretendía una “voluntad que quiere”. La voluntad general no es una *dynamis*, sino aquel instinto infalible que nos permite ponderar las leyes y reconocer como ley sólo lo justo, la verdadera ley. Su propósito era liberar al hombre de las cadenas, proyectando un sistema que obstaculizara y vinculara, lo más posible, a la legislación. Rousseau, entonces, veía en la supremacía de la Ley la solución del problema de la libertad; pero su Ley era una Ley que nunca fue (también en Grecia fue sólo un exordio) y que nunca pudo enfrentar los problemas que ya, en tiempos de Rousseau, comenzaba a enfrentar el constitucionalismo.

## 4. Libertad y autonomía

He insistido mucho sobre la “libertad en la ley” de Rousseau, porque la moda ha sido, de un tiempo a esta parte, la de atribuirle un concepto de libertad totalmente diferente: la “libertad como autonomía”. De esta noción no se ha encontrado hasta ahora huella, y sí que he hecho muchas citas de ella. Pero faltaba una, ésta: “la obediencia a la ley que nos hemos prescrito, es libertad” (*ibid.*, I, 8). Admitamos que en esa frase aconteciera el descubrimiento del concepto de autonomía. Si es así, Rousseau no se dio cuenta. Quien descubre una pepita de oro, se pone a excavar. Rousseau no le hace caso. Y, en cambio, de aquel ratoncillo (un renglón, por todo) se ha obtenido una montaña. Se ha dicho que la libertad como autonomía, teniendo el *placet* de Rousseau, pone la definición democrática en el concepto de libertad y sobre esta premisa se ha construido, después, la contraposición entre una “menor” libertad liberal —la libertad *de*— y una “mayor” libertad democrática, la autonomía. Pero no.

El paso en cuestión se coloca en un discurso de “compensaciones”, entre aquello que me deja y aquello que se gana, pasando del estado natural al estado civil. En virtud del “El contrato social”, escribía Rousseau, el hombre pierde la libertad natural “delimitada, únicamente, por las fuerzas de las que dispone el individuo” para adquirir “la libertad civil que está limitada por la voluntad general”; lo que implica que con la libertad civil se adquiere *la libertad moral*, que es la única que hace al hombre verdaderamente dueño de sí mismo; que el *impulso de apetito sin más* es servidumbre, y la obediencia a la ley, que nos habíamos prescrito, es libertad”. Inmediatamente después, Rousseau agrega que “el sentido filosófico de la palabra libertad no es aquí mi tema”.<sup>11</sup> ¿Autonomía? Si en verdad la hay, no adquiere autonomía frente a la voluntad general; además, por el contrario, tiene “el impulso del apetito sin más” (un contrario de dudosa pertinencia) y, finalmente, es una autonomía calificada como libertad moral y filosófica. Una vez precisado ello, estoy muy dispuesto a reconocer que un intérprete tiene el derecho de leer en un autor lo que el mismo autor no ve. Pero aquí los intérpretes verdaderamente han forzado, a su autor, más allá de lo lícito. Admitamos que en Rousseau

<sup>11</sup> En efecto, este es el cierre del cap. 8, libro I de *El contrato social*, al que pertenecen todos los pasajes citados. Los cursivos son míos.

exista un concepto de autonomía que se le escapa. Aunque fuese así, también el intérprete debe quedarse con la autonomía que, para Rousseau, era plausible.

Un primer límite es que la autonomía “en nombre de Rousseau” debe referirse estrictamente a su hipótesis contractualista, es decir, a la hipótesis de una estipulación original en la que la posición de todo contrayente es, idealmente, aquella de quien se somete a normas que ha aceptado libremente. El hecho de que Rousseau proponga una democracia nada inclinada a cambiar sus leyes muestra cuánto le interesa tener aquella libertad atada a su legitimidad originaria.

En segundo lugar, la autonomía que Rousseau podría subrayar está estrechamente condicionada a la dimensión ciudadana de su democracia. Rousseau siempre ha considerado como imposible la democracia en grande. También en el texto en el que Rousseau debe suavizar más esta negación, las *Consideraciones sobre Polonia* (que había sido un Estado grande), la “grandeza de las naciones, la extensión de los Estados” es declarada el “vicio radical”, “la primera y principal fuente de los males del género humano”. Aun se lee: “Cuando todos los pequeños Estados, sean repúblicas o monarquías, prosperan por el solo hecho de que son pequeños y de que todos los ciudadanos se conocen unos a otros... Todos los grandes pueblos, aplastados por sus mismas masas, gimen... o en la anarquía, o bajo los opresores” (cap. V). Y en el *El contrato social* se dice: “Entre más se engrandece un Estado, más disminuye la libertad (III, 1); entre más numeroso es el pueblo, más debe aumentar la fuerza represiva” (III, 2). Entonces, los ciudadanos que yacen bajo las determinaciones que han permitido y, que, por lo tanto, obedecen a su misma voluntad, pueden ser únicamente los ciudadanos de una ciudad pequeña en la que se gobiernen directamente. Pero si el autogobierno cara a cara no es posible, hablar de autonomía no tendría ningún sentido para Rousseau.

En fin, aunque Rousseau supone a una autonomía en premisa, la conclusión a la que llega —y que está cien a uno respecto de esa premisa— siempre es que una vez que está legitimada la ley, una vez puesta la verdadera ley, libertad es “libertad en la Ley”. El hombre es libre porque cuando gobiernan las leyes, y no otros hombres, él no se da a nadie: es decir, es libre porque no está expuesto al arbitrio. Este es el concepto de libertad en Rousseau. Y, de hecho, así fue entendido. Durante el curso de

la Revolución Francesa Rousseau fue muy citado, y en el remolino de aquellos años explotaron todas las ideas posibles: pero no aquella de la autonomía. Inclusive en el alba del Terror, en la Declaración de los Derechos de 1793, en el artículo 9 se dice: “la ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de quienes gobiernan”.

La verdad es que Rousseau se convierte en el inventor del concepto de autonomía sólo después de Kant, porque ese concepto se pone en evidencia con Kant, aunque en el filósofo de la *Crítica de la razón práctica*, la autonomía —el prescribir a nosotros mismos nuestra ley— es la definición de la libertad moral y de nuestra libertad interior. Diferente asunto, entonces, al de la coerción exterior. Por lo tanto, frente al problema de la opresión Kant no sirve; lo que explica cómo la palabra autonomía haya rebotado —apenas se hubo intentado darle referencia política— de Kant a Rousseau. Sin embargo, ese rebote es engañoso y ha oscurecido de mala manera el problema de la libertad política. Pongámoslo nuevamente en claro.

Norberto Bobbio (1955, pp. 173, 272) puntualiza muy bien: un estado de autonomía se refiere a la *voluntad*, allá en donde un estado de libertad, como no-impedimento, se refiere a la *acción*. Exacto. Por lo tanto, el problema (interior) de la libertad del querer no es el problema (exterior) de la libertad de hacer; y el problema de la libertad política es el problema de no estar impedidos en el *hacer*. En política poco cuenta que yo sea interiormente libre; lo que cuenta es que yo no esté encadenado. Y mi autonomía no impide, en modo alguno, que yo pueda ser forzado. Mi voluntad puede permanecer libre (autónoma) aunque materialmente me encuentre en prisión. Y por ello está bien que afirmemos que la fuerza no puede apagar nunca en el hombre la chispa de la libertad. También es verdad que mi voluntad puede quedar inerte y pasiva (heterónoma) aunque me esté permitido hacer todo lo que quiera. Cuando nos ocupamos de autonomía (libertad interior), combatimos la heteronomía; cuando nos ocupamos de la libertad de hacer, combatimos la opresión exterior. Y podemos ganar una batalla y perder otra, desde el momento en que autonomía y coerción no se excluyen.

Adviértase: colocar y mantener la autonomía en el “foro interno” no disminuye, en modo alguno, su importancia; más bien, prescribirse *por sí mismo* una ley es “libertad responsable”, la libertad que no degenera en licencia. Y es la autonomía que *da valor* al individuo-persona, que lo

despliega como un “sujeto” activo y responsable, cuyo contrario es el hombre pasivo, anómalo, hetero-directo, es decir, el hombre como “objeto”. Pero, precisamente porque la autonomía es una relación interna entre el yo y el yo mismo, los problemas de la libertad exterior, de la libertad de hacer, salen del ámbito de la autonomía.

Por lo tanto, la autonomía de la que se habla en sentido político es tal en sentido metafórico. Bobbio (1955, p. 176) advierte que “el concepto de autonomía... en el uso político... indica que las normas reguladoras de las acciones de los ciudadanos deben ser conformes, cuanto sea posible, a los deseos de los ciudadanos”. Pero, en tal caso, ¿por qué decir autonomía? Órdenes, conformes lo más posible a los deseos de los ciudadanos, son mandatos *aprobados*, lo que significa que el problema en cuestión es el problema del consenso (véase antes, V.2). Una consideración análoga vale para la dicción “autonomías locales”. En el mundo contemporáneo, las llamadas autonomías locales son, las más de las veces y más que otra cosa, estados de descentralización política-administrativa y, por lo tanto, con independencia (relativa) del centro. Es raro que sean “autarquías” con autosuficiencia. Sin embargo, siempre presuponen para existir una libertad *de* del Estado central o centralizador. Llamémosle, también, si se quiere, autonomías: pero sin tomar la expresión muy en serio.

Afirmaba, al inicio del cap., que la libertad política muere también de “verdadera libertad”. Pensaba, especialmente, en la autonomía. Abusivamente legitimada por Rousseau, haciéndola pasar por libertad política, manipulada dialécticamente por Hegel y, así, coronada como “libertad mayor”, se llega por esta vía a la conclusión de que “el Estado, el órgano de coerción por excelencia, llegó a ser la máxima expresión de la libertad”.<sup>12</sup> Dios nos libre y libere. A mí me importa mucho la autonomía como libertad interior y libertad moral; pero sufro el terror de que esa autonomía, que es un “pensarse libres” cuando estamos en la cárcel, transforma al Estado en la máxima expresión de libertad. No. La libertad *de* es la libertad como autonomía, no están entre ellas como una menor y mayor libertad; están entre ellas como libertades heterogéneas. La autonomía es sacrosanta; pero *no es* libertad de la opresión.

<sup>12</sup> De Ruggiero (1941, p. 374). Afirmaciones de tal género abundan; pero el pasaje es revelador porque se coloca en una bellísima *Historia del liberalismo europeo*, cuyo autor, sin lugar a dudas, era liberal; pero, precisamente, liberal de derivación hegeliana y crociana.

## 5. El derecho de los legisladores

Regresemos al nexo entre libertad y ley. Por desgracia las leyes no las hace la voluntad general; y, desafortunadamente, las leyes no son hechas de una vez para siempre, sino que están siempre por hacerse. Y ciertamente hoy no somos libres debido a los productores de las leyes a las que estamos sometidos, sino porque los legisladores que las hacen no son libres de hacerlas a su arbitrio. Y al decir esto, llegamos, o regresamos, al constitucionalismo.

El constitucionalismo liberal refunde y equilibra en sí la ley como límite —como límite impersonal— y la ley como manifestación de voluntad. Pero este equilibrio es en función de cómo se concibe la ley. Montesquieu, que vivía todavía, cubierto por la protección iusnaturalista podía afirmar, simplemente, que nosotros somos libres porque estamos sometidos a leyes civiles. Sin embargo, nosotros, hemos perdido la protección iusnaturalista. ¿Cuáles leyes son “leyes civiles”?<sup>13</sup> En suma, ¿qué cosa es ley?

En la tradición romanística *ius* (derecho) se asocia, durante el curso de los siglos, con *iustum* (justo); y este nexo funda las libertades o, cuando menos, las protecciones medievales. Como resume Carlyle (1941, p. 12), “el aspecto fundamental del pensamiento político del medievo era que toda la autoridad política era expresión de justicia... que todo el derecho civil y positivo fluye de la justicia, así como un río fluye de la fuente”. Por lo tanto, la idea de derecho que invade la evolución del derecho común y de la *rule of law* hasta el siglo XIX, se apoya en un *ius*, que es tal porque es *iustum*, porque encarna lo justo. Hoy, para nosotros, *ius* se transforma en “justicia”, mientras que la caracterización legal del término romano, es hecha por nuestro “derecho”. Pero atención: del derecho —el sistema jurídico en su conjunto— nosotros derivamos *los derechos*, las prerrogativas específicas de los ciudadanos. Y derechos, en inglés, son *rights*: el plural de *right*, de “justo” (y lo mismo vale para el alemán, en donde los derechos son *rechte* y justicia es *Gerechtigkeit*). Entonces la maraña entre

<sup>13</sup> Del *Esprit des Lois*, libro XXVI, cap. 20: “La libertad consiste principalmente (escribía Montesquieu) en no poder estar obligados a hacer alguna cosa que no sea ordenada por la ley; y nos encontramos en esta condición sólo bajo el pacto de que estemos gobernados por leyes civiles: entonces, nosotros somos libres porque vivimos bajo leyes civiles”.

ley, derecho y justicia es constante. Son recovecos en los que no se puede entrar. Basta resumir así: hasta hace cerca de un siglo, “ley” nunca ha sido sólo *forma* (forma de ley), sino, también, *contenido*: una normativa caracterizada por contenidos de justicia. Durante milenios nunca se ha aceptado que *ius* fuese únicamente *iussum*, sólo “mando” y, menos que nunca, *cualquier* mando. Durante milenios se ha considerado siempre que la ley debiese incorporar y expresar valores de justicia.

Falta que las leyes estén por hacerse, que no pueden ser “estáticas”, tal como dice Rousseau. El constitucionalismo permite hacer leyes al transformar al parlamento en órgano legislativo, en productor de leyes.<sup>14</sup> Por otra parte, el constitucionalismo sabe bien que estamos gobernados por leyes sólo si el legislador está también sometido a leyes. La idea de la “forma” de ley surge y se afirma en este contexto. El objetivo del control “formal” de las leyes (confiado a representantes elegidos y obligados a responder) es sustantivo. Por conducto de la forma —el respeto de determinados procedimientos— se quiere asegurar el control del contenido. Pero todo esto presupone la idea de ley y de derecho que decía: el *ius iustum*. Y, de repente, esta idea del derecho se desmorona.

La jurisprudencia analítica que encabeza John Austin y, todavía más, el positivismo jurídico, que encuentra su máximo exponente en Kelsen, resuelven sin reservas el derecho en su forma, y por ello mismo, la legitimidad en legalidad. Esta resolución acontece porque el constitucionalismo lo logra, porque el Estado de derecho existe. Pero el formalismo y el positivismo jurídico pierden de vista, y de cualquier manera, no pueden reconocer, esta acción precedente. De hecho, la noción misma de constitución llega a ser formal. Desde los años veinte, por constitución se comienza a entender *cualquier forma* que un Estado se da. Pero si la constitución de Stalin o la constitución de Hitler son constituciones con el mismo título que la de Estados Unidos, entonces “constitución” no sirve ya para proteger nuestra libertad. De este modo el constitucionalismo se convierte en víctima del próximo evento y muere como instrumento de libertad en la ley.

Debe estar muy claro, entonces, que todo el planteamiento sobre la

<sup>14</sup> Las asambleas que hoy asimilamos a los parlamentos no adquieren funciones legislativas sino hasta el setecientos, ya avanzado, en Inglaterra, y a las constituciones del siglo XIX en Europa continental.

solución constitucional del problema de la libertad presupone el rechazo de la definición formal de constitución y el mantenimiento de su definición *de garantía*; que, por lo tanto, es la definición correcta (Sartori, 1990, pp. 11-24). Y debe ser igualmente claro que cuanto más accedemos a la interpretación puramente formal y positivista del derecho, tanto menos nos tutela el derecho de la opresión. Si a la ley basta la “forma de ley” y si, igualmente, la legalidad engulle la legitimidad, entonces nada prohíbe que el tirano ejerza su tiranía en nombre de la ley y mediante órdenes disfrazadas de leyes.

El nexo entre libertad y ley pierde así la certeza que lo ha cimentado durante milenios. Es cierto que todas las liberal-democracias existentes también son constitucionales en el sentido propio del término. Pero, del mismo modo, en nuestros sistemas asistimos a desarrollos degenerativos facilitados por el formalismo jurídico: especialmente en el refluir de la *rule of law* en la *rule of legislator*, del mando del derecho en el mando de los legisladores. Esta transformación ha sido descrita lúcidamente por Bruno Leoni (1961, pp. 147-149) así: “El hecho que en las codificaciones originarias del siglo XIX los legisladores se limitaran, en sustancia, a colecciónar la ley no escrita, gradualmente se ha olvidado... Así, nos hemos habituado a concebir todo el derecho como *ley escrita*, vale decir, como una serie de promulgaciones afirmadas por cuerpos legislativos con base en el derecho de mayoría... Otra consecuencia... ha sido que el proceso legislativo no fue ya reconducido por la actividad teórica de expertos, jueces o abogados, sino, más bien, por la simple voluntad de mayorías victoriosas en los cuerpos legislativos”.

De este modo, una concepción voluntarista de la ley se sustituye en la “búsqueda del derecho”, con la *law finding*, que caracteriza —en el derecho común— la producción judicial del derecho. El juez (del pasado) “verificaba” cuál era la ley conforme a las costumbres, a la *ley terrae*, a los precedentes judiciales (el principio del *stare decisis*). Nuestros legisladores del derecho saben poco o nada, conciben las leyes como puros y simples mandos y, en definitiva, gobiernan legislando, mandan bajo la forma de ley. Así, la ley es echada a perder según cuatro aspectos: primero, la inflación de las leyes; segundo, su mala calidad; tercero, una pérdida de certeza; cuarto, una pérdida de generalidad.

Nuestros parlamentos, sobre todo en los sistemas parlamentarios de

tipo asambleísta, se han convertido en verdaderas y propias “máquinas legislativas”, fábricas de producción en cadena de leyes que, en verdad, son leyes en el nombre (en la forma), pero no leyes (que no merecen serlo) en la sustancia. La idea de gobernar legislando, confunde el gobernar con la creación del derecho, el *gubernaculum* con la *iurisdictio*. En verdad es un enredo horrible cuya primera consecuencia es una inflación de leyes que, por lo mismo, devalúa la ley: muchas leyes —que luego son leyecitas— disminuyen la importancia y oscurecen la misma razón de ser de las leyes. Devaluación agravada por la mala calidad del derecho legislativo. Nuestros productores de leyes no son jurisperitos (y cuando lo son, se olvidan de serlo); son una mayoría victoriosa que impone su propia política. Para ellos, la claridad de las leyes, la coherencia del sistema legal en su conjunto, importa poco o nada. Cuando el constitucionalismo liberal confiaba la función legislativa en los parlamentos, no intentaba promover a los representantes en “expertos”, expertos en derecho; intentaba que esos representantes, controlando las leyes, controlaran *eo ipso* al poder. De hecho, durante mucho tiempo los legisladores dejaron a los juristas la tarea de elaborar los códigos. Sin embargo, el intento de ese constitucionalismo ha sido arrollado, repito, por la transformación del gobernar *en las* leyes (en el ámbito de las leyes) por el gobernar *mediante* leyes (que es, después, un modo de sustraerse a su control).

El tercer inconveniente, decía, es la pérdida de la certeza del derecho. Bien entendido, certeza es un término técnico. No quiere decir que el derecho debe ser inmóvil e inmutable. Quiere decir que una de las funciones de un ordenamiento jurídico es el de permitir a los destinatarios de las normas organizar “proyectos de vida” con base en previsiones confiables. Pero si lo permitido hoy se transforma, por la continua aplicación, en lo prohibido mañana, entonces el derecho cesa de ser una armazón que organiza nuestro vivir y convivir. Las normas que no duran, que se rehacen continuamente, transforman la certidumbre que esperamos del derecho en una incertidumbre “disfuncional”, lo cual lo convierte en nuestro enemigo.

Finalmente está la erosión de la generalidad de la ley. Veremos dentro de poco (más adelante, X.4) la razón del crecimiento de una legislación sectorial, parcial, y por tanto, de leyes que no son iguales para todos (generales), sino que favorecen a algunos destinatarios y perjudican a

otros; así, como explicaré dentro de poco, sin generalidades también quedamos sin protección (de la ley). Aquí, el punto por evidenciar es que en cuanto a generalidad también se debe hablar de cómo debe ser concebida y percibida la ley. “Una regla general obedecida por todos no presupone, a diferencia de un mandato, a una persona que está en el origen. También se diferencia de un mandato por su generalidad y abstracción... Sin embargo, las leyes pasan gradualmente a ser mandatos en la medida en que su contenido llega a ser más específico”.<sup>15</sup> Así pues, activar las leyes secesionales equivale a percibir la ley como mandato, como un *iussum* más que como un *iustum*.

## 6. Leyes y derechos

Las transformaciones que he ido ilustrando ayudan a explicar cómo la idea de la libertad en la ley se opone con creciente frecuencia a la idea que libertad es liberarse de las leyes, y que las leyes son limitantes de la libertad. Pero leer en las leyes una infracción de libertad es olvidar que las libertades en cuestión no son interiores sino relacionables, libertad *entre* individuos, grupos, organizaciones; y, entonces, libertades que cuidan la *coexistencia en libertad*. Lo que quiere decir que la libertad de cada uno debe encontrar su límite (o, si se quiere, su no-libertad) en la reciprocidad, en el respeto de la libertad de los otros. Tizio debe ser no-libre para impedir que Caio haga alguna cosa en la misma medida en la que, viceversa, Caio debe ser no-libre para impedir a Tizio hacerla. Igualmente, a Tizio le está prohibido dañar a Caio y, viceversa, a Caio le está prohibido dañar a Tizio: ambos deben ser no-libres para hacer daño al otro (y a terceros). Hasta Croce, filósofo antijurídico por excelencia, advertía que “aquellos que razonan contra las leyes, pueden hacerlo muy bien y con tranquilidad, debido a que las leyes que los circundan, los protegen y conservan con vida; a poco tiempo que las leyes indicaran que desaparecerían todas ellas, en un momento perderían ellos el gusto por razonar y charlar” (1932, p. 333).

<sup>15</sup> Hayek, 1960, pp. 149-150. El mismo texto, *The Constitution of Liberty*, específicamente cap. II, y, también para entender bien la *rule of law*.

Con esto queda claro que el nexo entre libertad y ley está, hoy, gravemente debilitado por el positivismo jurídico, por la resolución de la legitimidad en legalidad, y por los desarrollos degenerativos, citados arriba. Por lo tanto, es más importante que nunca replantarse la premisa de que la libertad es un producto de los derechos. La edificación de la libertad sobre la ley actualmente se cimienta en los derechos —del ciudadano, del hombre y “humanos”— de conformidad con estos derechos. Por otra parte, el constitucionalismo inglés nace y se afirma en los siglos, precisamente así: como un cuerpo de generalidades derivado de sentencias específicas pronunciadas por los jueces en materia de particulares derechos de particulares individuos. No es gratuito afortunadamente, que en la actualidad los llamados derechos humanos se hayan convertido en el *porro unum*: nuestro *ius* permanece *iustum*, en esta medida.

→ ¿Los derechos son libertad *para* o libertad *de*? Son —me parece claro— libertad *para*, convertidos en libertad *de*. En la medida que aumenta el número de los derechos, en la misma medida la libertad política se amplía en libertad económica-social y la libertad liberal pasa a ser libertad democrática. Así está bien. En cambio, no está bien disfrazar la libertad política en los despojos mentirosos de autonomía, autorrealización y similares. La autonomía (y equivalentes) no es una libertad que “supera” la libertad como no-impedimento; es una libertad diversa, interior y no exterior. Por otro lado, ni siquiera es cierto que la libertad *para*, sea una mera libertad negativa. La libertad política se explica siempre en un hacer, en un resistir, en un actuar, en un pretender. Por lo tanto, la libertad como no-impedimento pasa a ser *naturaliter* una serie de “poderes” *para*. El punto queda en que es la libertad *para*, y no la libertad *de*, la que está de parte de los ciudadanos y que no se puede resolver contra ellos.

Recapítulo. Cuando se declara que libertad y legalidad son indisolubles, se entiende que sólo hay un modo para construir un orden político no opresor: el de despersonalizar y vincular lo más posible el poder político. Lo que tenemos en mente es, en suma, el constitucionalismo y el Estado de derecho que somete al productor de leyes a las leyes que hace. Es en este contexto que se sostiene —y he regresado para sostenerlo— que la libertad en la ley, y no la autonomía, constituye la cárcel de las sociedades libres.