

LA LIBERTAD Y LA LEY (*)

Giovanni Sartori

Cuanto más corrupta es la República, más corruptas son las leyes.

Tácito (**)

1. Libertad y libertades

Cuando hablamos de liberalismo resulta difícil comprender exactamente a qué nos referimos; cuando hablamos de democracia, todos creen comprender de qué se trata. La noción de poder popular es casi tangible, mientras que, la idea de libertad es difícil de aprehender, al menos en la medida en que somos libres. Y, mientras que la democracia tiene un significado descriptivo (aunque, a causa de los cambios históricos, sea un significado engañoso), la libertad no lo tiene, ya que la palabra “libertad” y la declaración “soy libre para” pueden utilizarse siempre que nos referimos a la esfera de la acción y de la voluntad, y en consecuencia pueden representar la infinita gama y diversidad de la vida humana.

Sin embargo, y afortunadamente, nos bastará considerar esta proteica y omnímoda palabra desde un ángulo específico: la libertad política. Con este propósito, nuestro principal problema consiste en introducir algún orden, puesto que las mayores complicaciones surgen porque rara vez separamos el tema específico de la libertad política de las especulaciones generales acerca de la naturaleza de la verdadera libertad. Lord Acton, por ejemplo, inició su *History of Freedom in Antiquity* con la siguiente observación: “Ningún obstáculo ha sido tan constante, o tan difícil de superar, como la incertidumbre y la confusión respecto de la naturaleza de la verdadera libertad. Si los intereses hostiles han causado mucho daño, mucho más aun lo han hecho las falsas ideas”(1). Si bien coincido en buena medida con el diagnóstico de Lord Acton - el daño causado por las ideas falsas, inciertas y confusas- me pregunto si su terapia es saludable. El problema que se nos plantea no es descubrir “la naturaleza de la verdadera libertad” sino, por el contrario, eliminar todas las incrustaciones que nos impiden examinar el problema de la libertad política *per se*, y como un problema empírico entre otros (2).

Por empezar, debemos establecer cierto orden en los contextos en que hablamos de libertad psicológica, libertad intelectual, libertad moral, libertad social, libertad económica, libertad jurídica, libertad política y otras libertades.(3) Éstas se relacionan entre sí, por supuesto, porque todas atañen al hombre mismo.

Sin embargo, tenemos que diferenciarlas porque cada una se ocupa de examinar y resolver un aspecto particular del problema total de la libertad. De aquí que la primera aclaración que debemos hacer es que la libertad política no es de tipo psicológico, intelectual, moral, social, económico o jurídico. Presupone estas libertades - y también las promueve -, pero no es igual a ellas. La segunda aclaración tiene que ver con el nivel del discurso.

En este sentido, el error consiste en confundir el problema político de la libertad con el problema filosófico. Los filósofos han especulado con mucha frecuencia acerca de la libertad política, pero rara vez la han considerado y enfocado como un problema práctico. Aristóteles, Hobbes, Locke y Kant son algunas de las excepciones, es decir, algunos de los pocos filósofos que no cometieron el error de dar una respuesta filosófica a un problema práctico. Locke, particularmente, tuvo esta virtud, y esto explica por qué desempeñó un papel tan importante en la historia del pensamiento político. Su tratamiento del problema de la libertad en *Essay Concerning Human Understanding* [Ensayo sobre el entendimiento humano] se diferencia del que encontramos en el segundo de los *Two Treatises on Government* [Dos tratados sobre el gobierno], y no guarda ninguna relación con él. En el primero afirma que la libertad actúa bajo la determinación del self, de la propia persona, mientras que en el segundo sostiene que no está “sujeta a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otros hombres”.(4)

La mayoría de los filósofos, sin embargo, no enfoca el problema desde este ángulo. Como filósofos, lo que les interesa es la Verdadera Libertad, o la Esencia de la Libertad; es decir, sea el problema de la libertad de la voluntad, sea el problema de la suprema forma de la libertad (concebida diversamente como autoexpresión, como autodeterminación o como autoperfección).

Éstos son exactamente los problemas que deben abordar los filósofos y nadie puede reprocharles que se ciñan a ellos. Pero se los puede censurar cuando proyectan su metafísica de la libertad a la esfera política y, a diferencia de Locke, no advierten que en este contexto ya no estamos analizando el mismo problema. Y este punto está aun lejos de ser aceptado. Al examinar la relación existente entre la filosofía política y la ciencia de la política Carl J. Friedrich - después de criticar acertadamente el hecho de mezclar cuestiones filosóficas con “la esfera empírica del gobierno y la política”- concluye aceptando una relación que considero aún demasiado estrecha. Friedrich afirma: “Todo análisis de la libertad y el liberalismo que enfoque seriamente el tema debe considerar el problema de la ‘libertad volitiva’”.(5) Francamente, no veo por qué ha de ser así. Cualquier análisis de la libertad que se considere válido en Occidente se basa, por supuesto, en una *Weltanschauung*, en una concepción de la vida y de los valores.

Para ser más exactos presupone que, en cierto modo, creemos en el valor de la libertad individual. Pero me resisto a considerar que esa relación trascienda estos términos.

En primer lugar, no veo qué diferencia habría en la práctica si afirmáramos que el hombre no actúa libremente y que no es realmente responsable de sus actos. ¿Eliminaríamos la legislación penal? ¿Renunciaríamos, además, al orden social que está regulado por normas acompañadas de sanciones? No veo cómo podríamos hacerlo. Temo que lo único que cambiaría es el significado de la penalidad, que perdería su valor como elemento de disuasión y su justificación como castigo. El convicto se convertiría en un mártir de la sociedad, que pagaría por delitos de los cuales no sería responsable. Pero sin embargo sería condenado, ya que todas las sociedades deben apartar de su seno a los asesinos, los ladrones, los locos y todos aquellos que, siendo incapaces de someterse a las reglas, constituyen un peligro para el prójimo.

La segunda razón por la cual el problema filosófico debe mantenerse separado de los otros problemas es que, si esto no se hace, no se puede siquiera comprender lo que dicen los propios filósofos.

Quienes tienen una formación filosófica saben en qué sentido sostenía Spinoza que la libertad era una perfecta racionalidad, o Leibniz, que era la espontaneidad de la inteligencia, o Kant, que era la autonomía, o Hegel, que era la aceptación de la necesidad, o Croce, que era la perenne expansión de la vida. Todas estas definiciones son válidas si se las considera en su contexto. Pero su validez tiene que ver con un “significado nuclear”, con la búsqueda de una libertad que es esencial, final o, como decía Kant, trascendental. Por otra parte, debemos señalar que ninguna de estas conceptualizaciones se refiere a un problema “relacional” de la libertad. De esto se infiere que si tratamos de utilizar los conceptos antes mencionados para considerar el problema de la servidumbre política - que es un problema relacional - distorsionamos el significado de dichos conceptos sin resolver la cuestión.

Tan pronto como las ideas sobre la libertad desarrolladas por Spinoza, Leibniz, Kant (como filósofo moral), Hegel o Croce, son rebajadas a un nivel empírico con el fin de abordar problemas que esas conceptualizaciones no consideraban, se vuelven falsas y peligrosas. Peligrosas incluso porque si el problema de la libertad política ha estado sumergido muchas veces en un mar de confusión, ello se debe a los falsos testimonios que esos filósofos se han visto obligados arbitrariamente a sostener. Por lo tanto, el segundo punto que deseo subrayar es que la libertad política no es una suerte de libertad filosófica. No es la solución práctica para un problema filosófico, y menos aun la solución filosófica para un problema práctico.

Por último, debemos considerar las etapas del proceso de la libertad. La frase “soy libre para” puede tener tres significados diferentes o dividirse en tres fases. Puede significar ¿Puedo?, Puedo y Tengo poder para. En el primer sentido, la libertad implica permiso; en el segundo, capacidad; y en el tercero, una condición sustantiva. El tercer sentido es el más nuevo, el último de la serie, y para los propósitos de este análisis puede dejarse a un lado. Por lo tanto, me limitaré a los dos primeros significados de libertad: ¿Puedo? y Puedo.

Es evidente que la libertad como permiso y la libertad como capacidad están relacionadas muy estrechamente, ya que el permiso sin capacidad y la capacidad sin permiso son igualmente estériles. Sin embargo, no debemos confundirlas, porque ningún tipo de libertad puede por sí sola cumplir ambas funciones. Algunos tipos de libertad están destinados fundamentalmente a crear las condiciones permisivas de la libertad. La libertad política es de este tipo. Y también lo son, con frecuencia, la libertad jurídica y la libertad económica (considerada en un sistema de mercado).

En otros contextos, el acento recae en cambio de manera fundamental, sino exclusivamente, en las raíces y fuentes de la libertad, es decir, en la libertad como capacidad. Esto ocurre sobre todo en el caso del enfoque filosófico del problema de la libertad, y se aplica también a las nociones de libertad psicológica, intelectual y moral. La distinción entre ¿Puedo? y Puedo corresponde a la diferencia entre la esfera externa y la esfera interna de la libertad.

Cuando nos interesamos por la exteriorización de la libertad, es decir, por la acción libre, adopta la forma de permiso. Cuando, por otra parte, no existe un problema de libertad externa –como en el caso de la libertad psicológica, intelectual y moral –, debemos considerar la libertad como capacidad. Por consiguiente, términos como “independencia”, “protección” y “acción” se emplean generalmente para indicar una libertad externa, es decir, permiso. En cambio las nociones de “autonomía”, “autorrealización” y “voluntad” se refieren usualmente a la libertad que existe in interiore hominis y esto nos conduce a una tercera y última aclaración: la libertad política no es una libertad interna porque es una libertad permisiva, instrumental y relacional. En suma, es una libertad cuyo propósito es crear una situación de libertad : las condiciones para la libertad.

2. Libertad política

Cranston ha señalado que “la palabra libertad alcanza su menor grado de ambigüedad en el discurso político en tiempos de opresión centralizada”.(6) Esto es tan cierto que, a mi entender, siempre deberíamos enfocar el problema como si estuviéramos sometidos a un gobierno opresor y tiránico. Sostengo que el concepto de libertad política no es de ningún modo ambiguo siempre que 1) eliminemos las confusiones del tipo *alienum genere*; 2) dejemos bien sentado que no plantea un problema especulativo, sino práctico, y 3) especifiquemos que apunta a la creación de una situación externa de libertad.

En realidad, lo que me llama la atención en la historia de la idea de libertad política no es la diversidad del significado sino, por el contrario, su continuidad. Toda vez que se satisfacen las condiciones antes mencionadas, siempre nos encontramos con esta connotación básica del concepto: libertad política es “ausencia de oposición”, (7) ausencia de sujeción externa o exención de coerción.

Siempre que un hombre exige libertad política (fuera de una pequeña comunidad como la polis) da a entender que no quiere estar sujeto a coacciones y, específicamente, a las formas de coacción ligadas con el ejercicio del poder político (8). En otras palabras, la libertad política no es libertad para sino libertad en el sentido de liberarse de. La gente suele decir que ésta es una libertad “negativa”, pero ya que este adjetivo se suele emplear en sentido peyorativo, o al menos para presentar la libertad política como un tipo inferior de libertad, prefiero decir con mayor propiedad que se trata de una libertad defensiva o protectora.

Los críticos han repetido hasta el cansancio que esta idea de libertad proviene de una filosofía individualista errónea basada en la falsa presuposición de que el individuo es un átomo o una mónada. En primer lugar, yo objetaría la imputación hecha a esta idea en el sentido de que tiene origen filosófico, si con ello entendemos que sólo a un pequeño número de intelectuales les interesa realmente el individuo. Si consideramos, por ejemplo, la Revolución Francesa (un acontecimiento que, como se sabe, escapó al control de los filósofos), todo su desarrollo lleva impreso el sello de una reivindicación de la libertad contra el poder. Durante los años de 1789-1794, el Tercero y Cuarto Estados reclamaban la libertad individual y política en oposición al Estado, y de ningún modo una libertad social y económica que debiera alcanzarse por medio del estado. La idea de que promover la libertad debía ser un propósito y una preocupación del estado hubiera parecido una extravagancia a los franceses de aquella época, y no porque sustentaran creencias filosóficas individualistas, sino por la razón mucho más sencilla de que a lo largo de los siglos habían sido oprimidos por los monarcas, los señores y la minuciosa y paralizante interferencia del sistema económico corporativo.

En verdad creo que no siempre necesitamos apelar a las mónadas o a la filosofía atomística del hombre para explicar el motivo por el cual la libertad política tiende a ser considerada en todos los tiempos -por lo menos en épocas de opresión- como una liberación de, es decir, como una libertad defensiva. Es mucho más importante, en mi opinión, comprender que el problema de la libertad política surge solamente cuando enfocamos la relación entre el ciudadano y el estado desde el punto de vista del ciudadano. Si consideramos esta relación desde el punto de vista del estado, deja de interesarnos el problema de la libertad política. Decir que el estado es “libre para” carece de sentido, a menos que deseemos introducir el tema del poder arbitrario. El estado tiránico es libre para gobernar como le place, y esto significa que priva a sus súbditos de libertad.(9)

Es necesario dejar bien aclarado este punto: 1) Hablar de libertad política implica hablar del poder de los poderes subordinados, del poder de los destinatarios del poder, y 2) el enfoque adecuado del problema de la libertad política está dado por la siguiente pregunta: ¿Cómo puede salvaguardarse el poder de estos poderes menores y potencialmente perdedores? Tenemos libertad política, es decir, tenemos ciudadanos libres cuando se han creado las condiciones que permiten que el poder menor de esos ciudadanos pueda

soportar aquel poder mayor que, de lo contrario, los aplastaría -o, en todo caso, podría aplastarlos- fácilmente.

Y ésta es la razón por la cual el concepto de libertad política adquiere un sentido adversativo. Es una libertad que es un liberarse de, porque implica la libertad de y para el más débil.

La fórmula “ausencia de impedimentos externos”,(10) por supuesto, no debe tomarse literalmente, a menos que se sustente un ideal anarquista. La ausencia de restricciones no es la ausencia de toda restricción. Lo que reclamamos de la libertad política es protección

contra el poder absoluto y arbitrario. Una situación de libertad es, a nuestro entender, una situación de protección que permite a los gobernados oponerse eficazmente al abuso de poder ejercido por los gobernantes. Se podría objetar que esta aclaración no aclara gran cosa.

Porque ¿qué se entiende por “abuso de poder”? ¿Dónde termina el ejercicio legítimo del poder y dónde comienza el ilegítimo? Si consultamos la bibliografía sobre la libertad, encontraremos que acerca de este punto existe un profundo desacuerdo. Pero no podemos dejar de advertir que gran parte de este desacuerdo debe atribuirse a las diferencias existentes entre las situaciones históricas. Las respuestas a las preguntas “¿Protegido de qué?” y “¿Libre de restricciones en qué medida?”, dependen de lo que está en juego en un tiempo y lugar determinados, y de lo que se valora más (y con cuánta intensidad) en una cultura específica. La “coerción” no se aplica a todo tipo y grado de restricción, como tampoco la “protección” implica la defensa contra todo. La gente debe sentir que lo que está en juego merece protección (la amenaza de coacción tiene que estar dirigida contra algo que se valora) ; y en segundo lugar, nadie se preocupa por proteger lo que no corre peligro. Por consiguiente, sólo podemos ser específicos si examinamos una situación específica y sabemos qué es lo que se está amenazando, cuál es la amenaza más temida y cuál la que se considera más inminente.

Un problema más difícil es el que plantea la pregunta siguiente: ¿la libertad en el sentido de liberarse de es un concepto adecuado de libertad? Para responder a este interrogante debemos hacer referencia a un marco más amplio. Clinton Rossiter ha resumido la idea general que hoy tenemos de la libertad diciendo que consiste en cuatro nociones: independencia, privacidad, poder y oportunidad. “La independencia es una situación en la cual un hombre se siente sujeto a un mínimo de coerciones externas [...]. La vivacidad es una forma especial de independencia que puede ser considerada como un intento de asegurarse la autonomía [...] si fuera necesario desafiando todas las presiones de la sociedad moderna.” Sin embargo, dice Rossiter, a esta altura hemos mencionado solamente “la mitad de la libertad, la mitad negativa [...]. La libertad es también una cualidad positiva [...] y por consiguiente debemos pensar en ella en términos de poder [...] y también en términos de oportunidad”.(11)

Quizás el análisis de Rossiter adolezca de cierta imperfección porque cuando habla de “poder” parece significar “capacidad para”. Con el fin de evitar ambigüedades incluiré el concepto de capacidad en nuestra lista y colocaré el concepto de poder al final. Por lo tanto, la libertad cabal, tal como la entendemos, implica las cinco características siguientes: independencia, privacidad, capacidad, oportunidad y poder.

Podemos formular ahora nuestra pregunta en forma más adecuada: ¿Cuál es la relación existente entre la primera mitad de la libertad (independencia y privacidad) y la segunda mitad (capacidad, oportunidad y poder)? La respuesta me parece clara: es una relación entre condición y condicionado, entre medios y fines. Es también, por lo tanto, una relación de procedimiento.

No es por casualidad que estos conceptos se presentan generalmente siguiendo un orden en el cual la noción de independencia (no la de oportunidad o la de poder) aparece en primer lugar.

Lamentablemente, este punto rara vez se aclara lo suficiente.

Rossiter no es en modo alguno una excepción a esta regla cuando, al querer ensamblar “esas distintas partes en una unidad”, no sólo pasa por alto el hecho de que se trata de una unidad ordenada, o más bien, de una sucesión irreversible, sino que tiende a acentuar los contrarios. Y concluye: “El liberalismo clásico pone el acento, sin duda, en los aspectos negativos de la libertad. La libertad es considerada casi exclusivamente como un estado de independencia y privacidad. Pero éste es precisamente uno de esos puntos en los que el liberalismo clásico deja de servir, si alguna vez lo hizo, como un instrumento totalmente adecuado para describir el lugar que ocupa el hombre libre en la sociedad libre”.(12) Esta afirmación no es errónea, pero omite lo esencial.

La libertad política no es la única forma de libertad. No es siquiera la más importante, si por ello entendemos la que ocupa el lugar más alto en la escala de valores. Es, sin embargo, la libertad primaria en cuanto concierne al procedimiento; en otras palabras, es una condición preliminar, el sine qua non de todas las otras libertades, por eso, hablar de la “independencia de” como de una noción inadecuada de la libertad -como tiende a hacerlo la gente--- es una afirmación engañosa. Las otras libertades, consideradas por separado, son igualmente inadecuadas, ya que la adecuación está dada por la serie completa, es decir, por la serie completa dispuesta en un orden especial. No basta que nuestras mentes sean libres, por ejemplo, si nuestras lenguas no lo son. La capacidad para dirigir nuestras propias vidas no servirá de mucho si se nos impide hacerlo. ¿Cómo pueden, entonces, ser adecuadas las así llamadas libertades positivas, si no tienen la posibilidad de materializarse? Creo, por lo tanto, que afirmar que la libertad negativa no es suficiente es una trivialidad, porque no enunciamos lo más importante de todo: que necesitamos la libertad de con el fin de ser capaces de alcanzar la libertad para. Podrá argumentarse que la libertad política tiene también un aspecto positivo (y esto podría parecer una réplica a quienes la consideran insuficiente e incompleta). Ahora bien, no hay duda de que la libertad política no puede ser inerte, que implica alguna actividad: en otras

palabras, que no es sólo liberación de, sino también participación en. Nadie niega esta aserción. Pero no debemos dar demasiada importancia a este último aspecto, ya que conviene recordar que la participación se hace posible gracias a un estado de independencia, no a la inversa. Incluso nuestros derechos subjetivos, como decía Jhering en su famoso folleto *Der Kampf um's Recht* [La lucha por el derecho], se reducen a cero si no los ejercemos, si no nos servimos de ellos.(13) Sin embargo, es inútil, evidentemente, que hablemos de ejercer nuestros derechos si éstos no existen ya. Lo mismo es válido para la libertad política. No tiene sentido hablar de “ejercerla”, si no hay independencia. Los dictaduras totalitarias requieren y promueven en gran medida la actividad y la participación. ¿Y eso qué importa? Mi opinión es, en consecuencia, que debemos resistir la tentación de tratar la libertad política como si fuera, en sí misma, una libertad completa. Quienes inflan el concepto de libertad asimilándola a la participación, desfiguran su característica básica.(14) Si hemos fracasado con tanta frecuencia en nuestra búsqueda de un grado mayor de libertad, la razón principal reside en que esperamos de la participación más de lo que puede dar. Por supuesto, la libertad considerada como ausencia de restricción no es un fin en sí mismo, y la libertad política requiere acción, resistencia activa (15) y demandas positivas. Donde hay inactividad y apatía no puede haber libertad. Pero no debemos olvidar que la relación de fuerzas entre los ciudadanos y el estado es desigual; que en comparación con el estado, el poder de los ciudadanos es destructible; y que, por consiguiente, su libertad no se caracteriza por sus aspectos positivos sino por la presuposición de los mecanismos de defensa. En relación con el estado, los ciudadanos son la parte más débil y por lo tanto el concepto político de libertad debe ser especificado con precisión como sigue: sólo sí no se me impide hacer lo que deseo, se puede decir que tengo el poder de hacerlo. (16)

No hay razón para sentirnos defraudados cuando se nos dice que esta concepción es incompleta. Pero es cierto que lo es. O, más bien, es incompleta en el evidente sentido de que cada forma específica de libertad sólo puede equivaler a una libertad parcial porque concierne únicamente al problema específico que intenta resolver. En consecuencia, lo que importa realmente es comprender que, a pesar de su incompletud, la libertad política es preliminar a las otras formas de libertad, y esto significa que no puede ser pasada por alto. No podemos soslayar la libertad en el sentido negativo si queremos alcanzar la libertad en el sentido positivo.

Si olvidamos por un instante que no debemos sufrir ninguna restricción, todo nuestro edificio de libertades se torna inútil. Una vez evaluada la importancia que tiene, desde el punto de vista del procedimiento, el problema de la libertad política, podemos plantear la importancia histórica que tiene hoy en día ese problema para nosotros. La afirmación de que la libertad política no es suficiente, o sea que “la libertad real” es algo más, está totalmente fuera de lugar. Pero el problema, en cuanto a la relación que existe, aquí y ahora, entre la libertad política y otras formas de libertad es, por supuesto, pertinente. Cada época tiene sus urgencias y necesidades particulares. Por esta razón podemos sostener, en este contexto, que estando la libertad política asegurada actualmente, requiere menor atención que otras libertades tales como la libertad económica o la

libertad resultante de una existencia sin privaciones ni necesidades. Sin embargo, éste es un problema que sólo podemos considerar después de examinar históricamente la naturaleza de los problemas que enfrentamos. (17)

3. La libertad liberal

Se puede observar que hasta ahora he hablado de libertad política, no de concepción liberal de la libertad. Es cierto que ambos conceptos están vinculados estrechamente. Sin embargo, dado que la idea liberal de libertad suele ser considerada anticuada en nuestros días, será prudente mantener el problema de la libertad política separado de su solución liberal. Resulta fácil demostrar que la libertad tal como la concibe el liberalismo, por ser una adquisición histórica, está destinada a desaparecer. Pero ¿estamos preparados para efectuar la misma aseveración acerca de la libertad política? ¿Podemos afirmar que incluso ésta es una necesidad transitoria? De ser así, digámoslo abiertamente y, lo que es más difícil, intentemos demostrarlo. No podemos matar de un tiro la libertad política y la libertad liberal. Por el contrario, en el momento mismo en que rechazamos la solución liberal al problema de la libertad, este problema exige de nuevo, con más urgencia que nunca, una solución.

Lo que le pedimos a la libertad política es protección. ¿Cómo Podemos conseguirla? En última instancia, desde los tiempos de Solón hasta nuestros días, siempre se ha buscado la solución en la obediencia a las leyes, no a los amos. Como Cicerón lo expresó tan acertadamente, *legum servi sumus ut liberi esse possimus*, (18) somos servidores del derecho para que podamos ser libres.

Y el problema de la libertad política siempre ha estado entretelado con la cuestión de la legalidad, porque se remonta hasta el problema de refrendar el poder volviéndolo impersonal.(19)

Existe, pues, una conexión muy especial entre la libertad política y la libertad jurídica. Pero la fórmula “libertad ante la ley” o por medio de la ley, puede aplicarse de diferentes maneras. La idea de la protección de las leyes se ha considerado, en forma general, desde tres puntos de vista: el griego, que ya es una interpretación legislativa; el romano, que se aproxima al concepto inglés del *rule of law* (20) y el del liberalismo, que es el constitucionalismo.

Los griegos fueron los primeros que percibieron la solución porque comprendieron perfectamente que si no querían ser gobernados en forma tiránica, debían ser gobernados por las leyes.(21) Pero su idea de la ley oscilaba entre los extremos de las leyes sagradas, que eran excesivamente rígidas e inmutables, y las leyes convencionales, demasiado inciertas y cambiantes. En el curso de su experiencia democrática, el *nomos* pronto dejó de reflejar la naturaleza de las cosas (*physis*), y los griegos fueron incapaces de detenerse en el justo medio entre la inmovilidad y el cambio. Tan pronto como el derecho perdió su

carácter sagrado, la soberanía popular fue colocada por encima del derecho, y por este mismo acto, el gobierno de las leyes se confundió una vez más con el gobierno de los hombres, lo cual se explica porque la concepción legal de la libertad presupone el rechazo de la *eleuthería* griega, de una libertad basada en el principio *quod populo placuit legis habet vigorem* (lo que le place al pueblo es ley). Observando el sistema griego desde el ventajoso punto de vista de nuestro conocimiento, vemos que su concepción del derecho carecía precisamente de la noción de “limitación”. noción que, como se descubrió posteriormente, es inseparable de aquélla.

Esta es la razón por la cual nuestra tradición, jurídica no es griega, sino romana. La experiencia de los griegos es importante justamente porque nos muestra cómo no debemos proceder si queremos la libertad ante la ley. Los romanos, es verdad, se plantearon para sí mismos un problema más limitado. Como señala Wirszubski, “la república romana nunca fue [...] una democracia de tipo ateniense y la *eleuthería*, la *isonamía* y la *parrhesía*, que eran sus principales expresiones, parecían estar para los romanos más cerca de la *licentia* que de la *libertas*”.(22) En realidad, la jurisprudencia romana no contribuyó directamente al problema específico de la libertad política, pero efectuó una aportación indirecta esencial al desarrollar la idea de legalidad cuya versión moderna es el concepto anglosajón de *rule of law*.

La tercera solución jurídica al problema de la libertad política es la del liberalismo, que se desarrolló en la práctica constitucional inglesa, encontró su más lograda formulación escrita en la Constitución de los Estados Unidos y está expuesta en la teoría del *garantisme* constitucional y, en este sentido, del *Rechtsstaat*, el estado de derecho.(23) ¿Cuál fue la contribución específica del liberalismo a la solución del problema de la libertad política? El liberalismo no dio origen a la idea moderna de libertad individual, aunque le agregó algunos elementos importantes.(24) Tampoco, como hemos visto, inventó el concepto de libertad dentro del derecho, pero sí la manera de garantizar e institucionalizar un equilibrio entre el gobierno ejercido por los hombres y el gobierno ejercido por las leyes. La originalidad y el valor del enfoque del liberalismo clásico Pueden apreciarse si comparamos éste con intentos anteriores de resolver el problema. Básicamente, la solución legal al problema de la libertad puede buscarse en dos direcciones muy diferentes : o bien en el derecho formulado por los legisladores, o bien en la *rule of law*.(25) En el primer enfoque, el derecho consiste en normas escritas que son sancionadas por los cuerpos legislativos, o sea que el derecho es el derecho legislado. En el segundo, el derecho es algo que deben descubrir los jueces: es el derecho judicial. Según el primer enfoque, el derecho consiste en la elaboración sistemática y reglamentaria de la ley; según el último, es el resultado de un acercamiento al derecho (*Rechtsfindung*) por intermedio de las decisiones judiciales. Desde el primer punto de vista, se lo puede concebir como el producto de la voluntad pura; desde el segundo, es el producto de la investigación y el debate teóricos. El peligro de la solución legislativa radica en que se puede llegar a un punto en que los hombres son gobernados tiránicamente por otros hombres a pesar de las leyes (como sucedía en Grecia), es decir, en que las leyes ya no constituyen una protección. Por otra parte, la segunda solución puede ser

inadecuada porque *rule of law* no protege necesariamente, *per se*, el aspecto político de la libertad (p. ej. la *rule of law* romana concernía a la elaboración del *jus civile*, no del derecho público). Y mientras que el enfoque griego era demasiado dinámico y, en consecuencia, destruía la certidumbre del derecho, el otro es, o puede ser, excesivamente estático.

Podemos decir que el constitucionalismo liberal es la técnica de conservar las ventajas de las primeras soluciones a la vez que se eliminan sus respectivos defectos. La solución constitucional, por una parte, adopta el derecho formulado por los legisladores, pero con dos limitaciones: una concerniente al método de elaboración de la ley, que es controlado por un severo *iter legis*, y otra relacionada con el alcance de la elaboración de la ley, que está restringida por un derecho superior y por lo tanto imposibilitada de interferir los derechos del hombre, es decir, los derechos fundamentales que tienen que ver con la libertad del ciudadano. Por otra parte, la solución constitucional también se encarga de que la *rule of law* esté incluida en el sistema. Incluso aunque este último componente de la *rule* constitucional haya sido desplazado gradualmente por el primero, conviene que recordemos que los redactores de las constituciones liberales no concebían el estado como *une machine à faire des lois*, una máquina de elaboración de leyes, pero concibieron el papel de los legisladores como un rol complementario de acuerdo con el cual el parlamento debía integrar, no reemplazar, la interpretación, judicial del derecho. Sin embargo, se conserva un rasgo esencial del principio de la *rule of law*: aquel aspecto del principio de la separación de los poderes que asegura la independencia del poder judicial. (Dicho sea de paso, esto es, en realidad, lo que requiere el mal llamado principio de la separación de los poderes. Para Montesquieu, el constitucionalismo inglés separaba la facultad de gobernar de la facultad de determinar y declarar la ley, pero nunca separaba el ejercicio del poder entre el parlamento y el gobierno, porque en este caso lo que se requiere no es un ejercicio del poder dividido, sino compartido.

Existen, sin duda, muchas diferencias significativas entre nuestros sistemas constitucionales. Si nos referimos a los orígenes, la constitución inglesa no escrita se edificó en gran medida sobre la base, y la protección, de la *rule of law*; la constitución norteamericana escrita formalizó y racionalizó la práctica constitucional británica, con lo cual todavía se apoyaba fuertemente en la *rule of law*, mientras que las constituciones escritas de Europa, por falta de *common law*, se basaron desde el principio en la concepción legislativa del derecho. Pero estas diferencias iniciales se han reducido gradualmente, ya que existe en la actualidad una tendencia general -aún en los países de habla inglesa- a favor del derecho estatutario. A pesar de esta tendencia, sin embargo, no podemos decir aún que las constituciones actuales hayan perdido su *raison d' être* como la solución que combina los Pro y obvia los contra tanto de la *rule of law* como de las técnicas de la formulación legislativa de la ley. Aun cuando nuestras constituciones muestran un desequilibrio cada vez mayor por el lado de la formulación estatutaria de la ley, mientras las consideremos como un derecho superior, mientras existan la revisión judicial, jueces independientes y posiblemente el debido proceso legal, (26) y mientras un procedimiento obligatorio que establezca el método de formulación de las leyes siga

siendo un freno eficaz para una simple concepción volitiva del derecho, mientras estas condiciones prevalezcan, dependeremos todavía de la solución constitucional liberal del problema del poder político.

Los sistemas constitucionales, tanto del pasado como del presente, son en consecuencia, desde el punto de vista histórico, sistemas liberales. Se podría decir que la política liberal es el constitucionalismo. (27) Y el constitucionalismo es la solución del problema de la libertad política en función de un enfoque dinámico de la concepción legal de la libertad. Esto explica por qué no podemos hablar de libertad política sin referirnos al liberalismo, repito, al liberalismo, no a la democracia. La libertad política de que gozamos actualmente es la libertad del liberalismo, la forma liberal de libertad, no la precaria y en general vanamente buscada libertad de las antiguas democracias. Y ésta es la razón por la cual, al recordar los principios conductores típicos de la deontología democrática, he mencionado la igualdad, la isocracia y la autonomía, pero nunca la idea de libertad.

Por supuesto, también es posible deducir la idea de libertad del concepto de democracia, pero no en forma directa. Debe deducirse indirectamente, en el sentido de que no se desprende del concepto de poder popular, sino del concepto de isocracia. La frase “somos iguales” puede interpretarse como “nadie tiene el derecho de mandarme”. De este modo, la demanda de libertad como “liberarse de” puede deducirse del postulado de igualdad. No obstante, debemos señalar que esta inferencia es obra de los pensadores modernos mucho más que de los antiguos. En la tradición griega, la democracia está unida mucho más estrechamente con la *isonomía* (igualdad de la ley) que con la *eleuthería* (la libertad), y la idea de poder popular es con mucho preponderante en la lógica interna del desarrollo del sistema griego. Además, como ya hemos visto, cuando los griegos hablaban de la libertad ésta significaba algo diferente de lo que hoy significa, y se enfrentaban con un problema de la libertad que era el reverso del que se plantea actualmente.

Por consiguiente, para evitar una falsificación histórica, que también tiene un sentido práctico vital, debemos subrayar que ni nuestro ideal ni nuestras técnicas de la libertad pertenecen, para hablar con propiedad, a la línea de desarrollo de la idea democrática. Es verdad que las modernas democracias liberales han incorporado el ideal de una libertad del Hombre, que incluye la libertad de cada hombre. Pero originalmente este concepto no era democrático; se trata de una adquisición de la democracia, no de un producto de ella, lo que es muy diferente. Y debemos tener en cuenta este hecho para no caer en el error de creer que es posible asegurar nuestra libertad mediante el método empleado por los griegos, porque nuestras libertades están aseguradas por medio de una idea de legalidad que constituye un *límite* y una *restricción* de puros y simples principios democráticos. Kelsen, entre otros, comprende esto muy claramente cuando escribe que una democracia “sin la autolimitación representada por el principio de legalidad se destruye a sí misma”.(28) Aunque la democracia moderna ha incorporado los conceptos de libertad y de legalidad, estos conceptos, como señala con razón Bertrand de Jouvenel, “son, en

términos de buena lógica, exteriores a ella”, (29) e igualmente, me gustaría agregar, en términos de buena historiografía.

4. La supremacía del derecho en Rousseau

He mencionado tres formas de buscar protección legal para asegurar la libertad política: la forma legislativa, la *rule of law* y la forma liberal o constitucional. Pero se afirma que existe otra relación (que sería la cuarta de mi lista) entre la libertad y el derecho: la “autonomía”, que consiste en darnos nuestras leyes nosotros mismos. Y, como se supone que la libertad considerada como autonomía cuenta con el *placet* de Rousseau, se suele dar por sentado que ésta es la definición democrática de la libertad y se contraponen, sobre esta base, una *libertas minor* a una *libertas major*, es decir, la libertad menor del liberalismo (en el sentido de liberarse de) a la libertad mayor democrática, la autonomía.

Personalmente, dudo de que quienes ponen en un pie de igualdad la libertad y la autonomía tengan razón en asociar esta noción con *Rousseau*. En segundo lugar, ¿cuál es la presunta libertad menor: la libertad política o la solución liberal a ésta? Ambas son consideradas evidentemente, aunque en forma errónea, como una misma cosa. En tercer lugar, ¿será justo contraponer la libertad en el sentido de liberarse de a la autonomía, ya que es difícil discernir en qué sentido se puede concebir la autonomía como una forma política de la libertad? Estos problemas, sin embargo, merecen atención, y comenzaremos por determinar exactamente qué fue lo que Rousseau pensó y dijo.

Podemos tener dudas acerca de las soluciones aportadas por Rousseau, pero no sobre sus intenciones. El problema de la política, afirmaba, “que yo comparo con la cuadratura del círculo en geometría [es] el de situar el derecho por encima del hombre”.(30)

Éste era para él el problema, porque -decía- sólo con esta condición el hombre puede ser libre: si obedece a las leyes, no a los hombres.(31) Y Rousseau estaba más seguro de esta certeza que de cualquier otra. “La libertad -confirmaba en las Cartas desde la montaña [*Lettres écrites de la montagne*]- comparte el destino de las leyes: reina o perece con ellas. Nada hay de lo cual esté más seguro que de esto.” (32) Y, como decía en las *confesiones* [*Les confessions*], la pregunta que siempre formulaba era: “¿Cuál es la forma de gobierno que, por su naturaleza, se acerca más estrechamente al derecho y permanece más cerca de él?” (33)

Éste era un problema que Rousseau tenía mucha razón en comparar con la cuadratura del círculo.(34) Mientras que en *Cartas desde la montaña* señalaba que cuando “los administradores de las leyes son sus únicos árbitros [...] no veo qué esclavitud puede ser peor”,(35) en *El contrato social* [*Le contrat social*] formulaba la siguiente pregunta: “¿Cómo puede una multitud ciega, que frecuentemente no sabe lo que quiere, porque sólo rara vez conoce lo que es bueno para ella, llevar a cabo por sí misma una empresa tan grande y difícil como es un sistema de legislación?”(36) Para Rousseau esta pregunta

tenía solamente una respuesta: legislar lo menos posible. (37) Había llegado a esta conclusión con una convicción cada vez mayor porque ya en la dedicatoria de su *Discurso sobre la desigualdad [Discours sur l'inégalité]* destacaba el hecho de que los atenienses habían perdido su democracia porque todos proponían leyes para satisfacer un capricho, mientras que lo que confiere a las leyes su carácter sagrado y venerable es su perdurabilidad. (38) Y éste es precisamente el problema: las leyes a que se refería *Rousseau* eran Leyes con L mayúscula, leyes que se caracterizaban por ser poco numerosas, muy generales, fundamentales, perdurables, casi inmutables y supremas.(39)

Rousseau sostenía que el pueblo es el juez y custodio de la Ley, no el fabricante y manipulador de las leyes. En ningún momento pensó en la existencia de una voluntad general legisladora.(40) Por lo contrario, proponía liberar al hombre mediante un gobierno impersonal de Leyes situadas por encima de la voluntad de la cual pueden emanar, es decir, relacionadas con una voluntad que más que crearlas las recibe, más que disponer de ellas las sostiene, más que modificarlas las salvaguarda. Quienquiera apele a la autoridad de Rousseau no debe olvidar que sus Leyes no eran en modo alguno leyes con ele minúscula, las cuales, en virtud de nuestra definición formal de la ley, son fabricadas con una velocidad y magnitud siempre crecientes por asambleas legislativos en nombre de la soberanía popular. Sus Leyes eran sustantivas, es decir, leyes en razón de su contenido. En cuanto concierne a su modelo, eran muy similares a la noción de derecho expresada en la teoría del derecho natural.(41) Y para apreciar las dificultades de Rousseau debemos comprender que provenían del hecho de considerar inmanente el mismo concepto de derecho que para la escuela de derecho natural era trascendente.

Rousseau procuró hacerlo invocando la *volonté générale*,(42) un concepto que resultó ser menos misterioso de lo que parece –a pesar de todas las fluctuaciones a que está sujeto- si recordamos que es expresión de la crisis del derecho natural y, a la vez, de la búsqueda de un *Ersatz*, de algo que ocupara su lugar. En el cambio que se produjo desde el *ius naturale de Grotius* hasta el Derecho sancionado y aceptado por la voluntad general, los fundamentos son diferentes, pero el nuevo protagonista (la voluntad general) tiene los mismos atributos y funciones que el antiguo (la naturaleza). La voluntad general de Rousseau no es la voluntad de todos, es decir, no es “la suma de las voluntades individuales”,(43) ni tampoco una voluntad individual *sui generis* exenta de todo egoísmo y toda egolatría. Es una voluntad que se encuentra entre estas dos.(44) Y para apreciar mejor su misteriosa naturaleza, vale la pena recordar la definición que da Diderot en la Encyclopédie; “La voluntad general es en cada individuo un acto puro de discernimiento que se opera en el silencio de las pasiones”.(45) Rousseau no aceptaba tal definición. ¿Por qué? No creo que lo que inquietara a Rousseau fuera el dejo racionalista de la definición de Diderot, es decir, el hecho de reducir la voluntad general a “un acto puro de discernimiento que se opera en el silencio de las pasiones”, ya que, por más que la voluntad general de Rousseau se alimenta y fortalece con el amor y los sentimientos, está guiada por la razón.(46) Se trataba aún, pues, de una voluntad racional, una “voluntad” tal como podía ser concebida antes del estallido romántico, o por cierto esa voluntad voluntarista de nuestros tiempos, que precede y domina a la razón.(47)

No, lo que Rousseau no podía aceptar era la respuesta de Diderot a la pregunta: OÙ est le dépôt de cette volonté générale? (¿dónde está situada la voluntad general?). No podía aceptar que la voluntad general se encontrara “en cada individuo”. No podía aceptar este enfoque porque debía reconstruir en cierto modo, dentro de la sociedad misma, un equivalente de la trascendencia que anteriormente estaba situada por encima y por fuera de la esfera de los asuntos humanos. En otras palabras, la voluntad general debía ser el sustituto antropomórfico del orden de la naturaleza y de la razón natural que reflejaba ese orden. Tanto es así que en Rousseau las leyes se fundaban en la voluntad general tal como anteriormente se fundaban en el derecho natural.

Rousseau escribía: “Siempre que es necesario promulgar otras nuevas [leyes], esta necesidad se percibe universalmente. Aquel que las propone sólo dice lo que todos ya han sentido”. (48) Esto equivale a decir que las leyes no se producen ex homine, sino que se reconocen y proclaman ex natura. En rigor, la voluntad general no hace las leyes ni las desea; las lleva dentro de sí. Si fuera realmente una voluntad, al ser inerte no existiría, y al ser silenciosa no podría expresar voluntad; mientras que para Rousseau la voluntad general es “siempre constante, inmutable y pura” y no puede ser aniquilada o corrompida.(49) Esto equivale a decir que es una entidad de razón que no sufre las vicisitudes de la voluntad humana, o de voluntades particulares.(50)

La voluntad general puede compararse, en cuanto a la función que Rousseau le asignara, con el “espíritu del pueblo”, aquella histórica escuela de derecho posteriormente denominada el Volksgeist, no porque los dos conceptos fueran similares, sino porque intentaban llenar el vacío que había dejado el derecho natural. Ambas nociones estaban motivadas por la necesidad de descubrir la objetividad en la subjetividad, algo absoluto y estable en lo que es relativo y cambiante, en suma, un punto fijo de referencia. Los románticos buscaban la trascendencia en la inmanencia situando la primera en la Historia (con H mayúscula), en el flujo colectivo, anónimo y fatal de los acontecimientos. Rousseau procuró encontrar la trascendencia en el Hombre, situándola en un yo común que une a todos los hombres. Y así como los románticos de la escuela histórica de derecho se contradecían cuando, para insertar su Volksgeist trascendente en la órbita de la inmanencia, tenían que confiar en un intérprete privilegiado,(51) del mismo modo y por la misma razón Rousseau se contradecía (con lo cual revelaba el punto débil de su sistema) cuando, en su búsqueda de un vínculo entre la voluntad general y lo que desean los ciudadanos, permitía que la mayoría fuera el intérprete de la volonté générale.

La contradicción reside en el hecho de que la voluntad de la mayoría es subjetiva y emana sencillamente de la voluntad de todos, mientras que la voluntad general de Rousseau es una voluntad moral objetiva compuesta por elementos cualitativos, puesto que debe ser “general” en esencia, en ‘ su origen, y por su objetivo. (52) Aunque Rousseau mantuvo su voluntad general en la órbita de las cualidades calculables -incluso indicó que se deriva de una ‘suma de las diferencias, es decir, después de suprimir (53) lo positivo y la negativo de la voluntad individual, el balance sólo puede revelar la voluntad

general, pero no puede producir su esencia. (54) La voluntad popular es aditiva, la voluntad general es una e indivisible. Incluso si concedemos que en el proceso de las consultas populares una interacción de compensaciones elimina las pasiones individuales, para alcanzar la calidad de voluntad general necesitamos mucho más: *bonne volonté*, patriotismo y juicio popular ilustrado. (55) Éstas son condiciones rigurosas que imponen una limitación muy estricta a la soberanía popular. (56) Si la voluntad general “siempre es buena y siempre tiende al interés público”, no se sigue -agrega Rousseau- “que las deliberaciones del pueblo siempre sean justas”. (57) Y más adelante explica: “El pueblo siempre desea el bien, pero no siempre lo percibe. La voluntad general está siempre en el bien, pero el juicio que la guía no siempre está esclarecido”. (58) El pueblo ama el bien, pero esto no significa que siempre lo reconozca. Por consiguiente, no es la voluntad general la que se transforma en soberanía popular, sino al contrario, la voluntad popular la que debe transformarse en voluntad general. Rousseau no pregunta si el pueblo rechaza o acepta una ley, sino si ésta expresa o no la voluntad general. (59) En el fondo, su sistema se apoya en una voluntad general que suplanta al poder popular.

Es una ironía que Rousseau haya sido el defensor del tipo de democracia más inmóvil y cautelosa, una democracia que debía legislar lo menos posible y sólo podía sobrevivir si reducía su accionar al mínimo. Rousseau dedicó toda su inventiva y su atención más minuciosa a controlar las fuerzas que su ideal hubiera podido dejar sin control. Su democracia tendía a ser, más que agresiva, defensiva, cauta y prudente; no jacobina ni omnívora. (60)

No es paradójico afirmar que su democracia era una democracia guardiana, en la misma medida en que se apodaba al estado liberal del siglo XIX el estado guardián. Rechazaba a los representantes, quería una democracia directa y, en lo posible, unánime, y exigía que los magistrados no tuvieran una voluntad propia, sino únicamente la facultad de imponer la voluntad general. El resultado era, a todas luces; un cuerpo estático, una democracia destinada a restringir la innovación en vez de estimularla. Es verdad que Rousseau hablaba de “voluntad”, pero con ello no quería significar una *voluntad descontrolada*; pensaba en esa voluntad más como un freno que como un acelerador. La voluntad general no era una *dynamis*, sino el instinto infalible que nos permite evaluar las leyes y aceptar como Derecho sólo el Derecho Justo y Verdadero. La finalidad de Rousseau era liberar al hombre de sus ataduras inventando un sistema que obstruyera y pusiera coto a la formulación de leyes. Sentía, en efecto, que la solución del Problema de asegurar la libertad consistía exclusivamente en la supremacía del derecho y, más aun, en una supremacía tal del derecho que evitara los resultados legislativos de la democracia ateniense, o sea, la primacía de la soberanía popular sobre el derecho.

Rousseau, pues, no elaboró una nueva concepción de la libertad. Se complacía en ir contra la corriente y en contradecir a sus contemporáneos en muchas cuestiones, aunque no en ésta: el concepto legalista de la libertad que había encontrado nuevo alimento y apoyo en los derechos naturales del renacimiento del derecho natural de los siglos XVII y XVIII. (61) Rousseau no tuvo ni por un instante la idea de libertar al hombre por medio

de la soberanía popular,- como sostienen aquellos que, evidentemente, lo han leído de modo muy superficial. La aserción de que la libertad está fundada por el derecho y en el derecho, tuvo en Rousseau su más intransigente defensor. Respecto de este punto era tan inflexible que ni siquiera aceptaba la concepción legislativa del derecho dentro de un marco constitucional propuesta por Montesquieu, ya que ella, después de todo, permitía cambiar las leyes, mientras que Rousseau aspiraba a un Derecho básicamente inmutable.

5. La autonomía: una crítica

Se puede preguntar si en ningún momento Rousseau habló de la libertad como autonomía. En realidad, encontramos esta frase en El contrato social: “La obediencia a las leyes que nos hemos impuesto nosotros mismos es la libertad”. (62) Pero cuando declaraba que todo hombre es libre porque al obedecer a las leyes que él mismo ha elaborado está sometándose a su propia voluntad, Rousseau no se refería a la autonomía de la cual hablamos hoy como si fuera un descubrimiento suyo.

En primer lugar, Rousseau relacionaba su idea de la autonomía con el Contrato, es decir, con la hipótesis de un pacto original en el cual cada participante del contrato se somete a las normas que ha aceptado libremente. El hecho de que Rousseau aspirara a alcanzar una democracia que no se inclinara en lo más mínimo a cambiar sus leyes muestra cuánto le importaba mantener esta libertad ligada con su legitimidad original, e indica que para él esta idea no debía servir de base para la formulación masiva de leyes, que es la forma en que nosotros la utilizamos. Hay una condición esencial que califica la fórmula de Rousseau, a saber, que la gente es libre en tanto no delega el ejercicio de su soberanía a asambleas legislativas. (63) Por tal motivo su concepción tiene poco que ver con la obediencia a las leyes confeccionadas para nosotros por terceros.

En segundo lugar, la tesis de Rousseau está estrechamente relacionada con la idea de una pequeña democracia en la que todos participan. Su estado era la ciudad, y nunca pensó que la democracia a que aspiraba pudiera aplicarse a grandes repúblicas.(64)

Pensaba en los espartanos y en los romanos y sus proyectos concernían a la ciudad de Ginebra. Resulta plausible sostener que los ciudadanos de una pequeña ciudad que se gobiernan directamente ellos mismos sólo se someten a las reglas que han aceptado y, por consiguiente, no obedecen más que a sus propias voluntades ; pero cuando el autogobierno ya no es posible, cuando los ciudadanos están dispersos en un vasto territorio, cuando no participan de la función legislativa, cabe preguntarse si esa aserción tiene sentido aún. No para Rousseau, por cierto.

En tercer lugar, rastreando hasta Rousseau el concepto de libertad considerada como autonomía, tomamos la premisa de la cual partió y olvidamos la conclusión a que llegó. Cuando Rousseau volvió a una libertad que es sumisión a las leyes que nosotros mismos hemos prescrito, su problema consistió en legitimar el Derecho. Si el hombre renuncia a

su libertad natural con el fin de alcanzar una libertad civil superior, lo hace porque la sociedad que pasa a integrar lo somete a las normas que ha aceptado, es decir, a Leyes justas que, lejos de oprimirlo, lo liberan. Pero una vez que el Derecho se legitima y se establece un verdadero Derecho, la libertad de Rousseau se convierte en libertad ante la Ley.

El hombre es libre porque, cuando no gobiernan los hombres sino las leyes, no se entrega a nadie. En otras palabras, es libre porque no está expuesto al poder arbitrario. Éste era el concepto de libertad de Rousseau, y así lo entendieron sus contemporáneos. Incluso en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793, el Artículo Nueve expresaba: “El Derecho debe proteger la libertad pública y la libertad individual contra la opresión de quienes gobiernan”. Este artículo tiene una extraña resonancia si recordamos que el Terror estaba en marcha. Hasta aquí, esto es lo que hemos leído en la definición de la libertad según Rousseau.

Lo cierto es que la “autonomía” tuvo origen en Kant y fue él quien llamó la atención sobre el concepto, sólo que para el autor de la Crítica de la razón práctica la noción de autonomía no tenía nada que ver con la libertad democrática o cualquier otra forma de libertad política o incluso jurídica. Kant distinguía muy claramente entre la libertad “interior” y la “exterior”. Y el hecho de que nosotros prescribamos nuestras propias leyes es en Kant la definición de la libertad moral, es decir de nuestra libertad interior (una cuestión completamente diferente del problema de la coerción exterior). En la esfera moral nos importa saber si el hombre es libre en el fuero de su conciencia, mientras que en política nos preocupa cómo se ha de prevenir el sojuzgamiento exterior del hombre. Por consiguiente, si nos interesa dilucidar el problema de la libertad política del hombre, la ética de Kant no nos será de ninguna utilidad. Esto explica por qué el término “autonomía” rebotaba de Kant a Rousseau tan pronto como adquiría un sentido político. Pero, ¿en cuál de los Rousseau que conocemos? ¿En el Rousseau real o en el Rousseau remodelado por los románticos y posteriormente por los filósofos idealistas?

Con la seguridad que lo caracteriza, Kelsen afirma categóricamente que la “libertad política es la autonomía”. (65) Pero me parece que Kelsen, como muchos otros estudiosos, adopta esta tesis con excesiva ligereza. La autonomía, en efecto, de la cual tanto hablan, en especial, los teóricos alemanes e italianos, es un concepto de naturaleza especulativo-didáctica que, en verdad, tiene poco que ver con el liberalismo y la democracia. (66) Puedo comprender que muchos demócratas quedaran fascinados por la idea de autonomía, idea que implica una alta valoración del demos. Pero se trata de un concepto al que la teoría política ha dotado con la muy diferente función de justificar y legitimar la obediencia. Éste es un uso perfectamente respetable, excepto cuando queremos que la autonomía resuelva un problema que no es propio de ella, como es el problema de salvaguardar, mantener y defender nuestras libertades.

Lo cierto es que si podemos hablar de la autonomía como expresión concreta de la libertad política, esta autonomía finalizó con las antiguas democracias. La fórmula de la

libertad griega fue -leemos en Aristóteles- “gobernar y ser gobernados alternativamente [...] no estar al mando de nadie, sea quien fuere, por ningún motivo, como no sea por rotación, y esto siempre que esa persona también esté, a su vez, al suyo”.(67) Ahora bien, se puede interpretar este autogobierno como una situación de autonomía (aunque un poco arbitrariamente, ya que en la descripción de Aristóteles no se plantea nunca el problema de la existencia de un *nomos* y, por lo tanto, de una libertad relacionada con el Derecho).

Sin embargo, si nos complace hablar de autonomía en este sentido, llegamos entonces a la conclusión de que la concepción de la libertad defendida por los demócratas progresistas de hoy, presuntamente nueva y más avanzada, no es otra que la fórmula más vieja y obsoleta de la libertad. Porque es evidente que sólo una micrópolis, y en verdad una muy pequeña, puede resolver el problema de la libertad política, ya que en ella -cito nuevamente a Aristóteles- “todos mandan a cada uno y cada uno a todos”. En las megalópolis, que crecen incesantemente, no se podría, por cierto, hacerlo.

Volviendo de este pasado muy distante al tiempo presente nos encontramos con la expresión “autonomía local”. Pero no nos engañemos, las autonomías locales aparecen como resultado del descrédito de la concentración del poder y son, por ende, una expresión de la libertad concebida como un liberarse *del estado* centralizado. La libertad conectada con la descentralización administrativa, con la *Selbstverwaltung* de los alemanes, o con el autogobierno de los anglosajones, no significa lo que pensaban Rousseau o Kelsen. Las situaciones de autonomía local son, en efecto, “autarquías”(68) y sirven como salvaguardias de la libertad, principalmente porque permiten una distribución policéntrica del poder político.

El concepto de autonomía en su aplicación política puede interpretarse de una manera más libre y flexible, y en este sentido ayuda a connotar el carácter democrático de la libertad. Norberto Bobbio observa que “en filosofía el concepto de autonomía es embarazoso, pero [...] en el contexto de la política el término indica algo que es más fácil entender; indica que las normas que rigen los actos de los ciudadanos deben ajustarse en lo posible a los deseos de los ciudadanos”. (69) Esto es verdad, pero ¿por qué usar la palabra “autonomía”? Las órdenes que “se ajustan en lo posible a los deseos de los ciudadanos” son ordenes consentidas, lo cual significa que se trata de un problema de consenso. Y es importante que seamos muy precisos en lo que se refiere a esta cuestión, puesto que la intrusión de la “autonomía” está causando gran confusión en nuestros días.

Bobbio señala con razón que, mientras que un estado de libertad, en el sentido de que no hay en él restricciones, tiene que ver con la acción, un estado de autonomía tiene que ver con la voluntad.(70) En verdad, esto es lo importante, porque la esfera de la política concierne a las voliciones en la medida en que son acciones y no a la voluntad pura y simple. En política, lo que importa es si estoy autorizado a hacer lo que quiere mi voluntad. El problema interior de la libertad volitiva no es el problema político de la libertad, ya que el problema político es el problema exterior de la libertad de acción. La

política concierne, como diría Hegel, a la “esfera objetiva” en la cual la voluntad tiene que exteriorizarse. En consecuencia, mientras interpretamos la libertad como autonomía no cruzamos el umbral de la política, y esto no se debe a que la autonomía no sea esencial, sino a que es una presuposición subjetiva de la libertad política. El concepto de autonomía tiene tan poco uso en la esfera objetiva que aquí no existe una antítesis de él. Podemos estar sujetos a coerción y sin embargo mantener nuestra autonomía, es decir, ser interiormente libres. Y ésta es la razón por la cual se dice que la fuerza nunca puede extinguir en el hombre la chispa de la libertad. Asimismo, podemos estar a salvo de toda coerción y, sin embargo, actuar como sonámbulos, porque no somos capaces de ejercer una autodeterminación interior. La autonomía y la coerción no son conceptos mutuamente excluyentes. Mi voluntad puede seguir siendo libre (autónoma) incluso si estoy físicamente aprisionado (coercionado), así como inactiva y pasiva (heterónoma) aun cuando se me permita hacer todo lo que desee (no coercionado). La antítesis de la autonomía es la heteronomía, y ésta favorece la pasividad, la anomia, la falta de carácter, etc., nociones todas que no conciernen a la relación sujeto-soberano sino al problema del yo responsable. En resumen, todos estos conceptos se relacionan con la libertad interior, no con la exterior, con la facultad de querer, con la facultad de hacer; y esto significa que nuestro vocabulario nos impide emplear el término “autonomía” en relación con el problema de la libertad política. Pero ¿por qué habría de sernos esto necesario? Después de todo, en política nos interesa el problema práctico de alcanzar un estado de libertad en el cual la compulsión del estado sea refrenada y se base en el consentimiento. Y éste es tanto el problema democrático de la libertad como el problema liberal de la libertad.

En uno y otro caso no elaboramos las leyes, pero contribuimos a elegir a los legisladores. Y éste es un asunto muy diferente. Además, somos libres no porque queríamos realmente las leyes que estos legisladores sancionaron, sino porque limitamos y controlamos su facultad de sanción. Si la libertad de que gozamos dependiera de nuestra participación personal en la elaboración de las leyes, temo que nos quedarían muy pocas libertades, si nos quedara alguna. Porque, como dijo sutilmente John Stuart Mill: “El autogobierno del cual se habla no es el gobierno de cada uno por sí mismo, sino de cada uno por todos los demás”. (71)

Se puede responder que la fórmula libertad-autonomía es sólo un ideal. Así, pues, no sostenemos realmente que en algún lugar haya gente que sea libre en virtud de su propia actividad legislativa, o que exista algún sitio donde la libertad consista verdaderamente en el gobierno de cada uno por sí mismo. Lo que estamos expresando no es nada más que una prescripción. Por consiguiente, sólo en este sentido proponemos un ideal de libertad política que es específicamente un ideal democrático. Sea como fuere, me considero satisfecho de haber llamado la atención sobre el hecho de que “la libertad como un liberarse de” y “la libertad como autonomía” no son alternativas que puedan sustituirse mutuamente en la práctica real, aun cuando, en términos de principios, debo confesar que no estoy convencido aún, ya que dudo de si el ideal de autoobediencia es realmente adaptable al credo democrático, y si realmente lo fortalece.

La deontología democrática no se expresa auténticamente en el ideal de autonomía sino en el de autogobierno. En la medida en que el concepto de autonomía reemplaza al de autogobierno, lo confunde y debilita. Manipulada por Kant, Rousseau y Hegel, la idea de autonomía puede utilizarse fácilmente para demostrar (con palabras, por supuesto) que somos libres cuando no lo somos. Quienquiera que haya vivido bajo una dictadura sabe demasiado bien con cuánta facilidad la autonomía puede trocarse en una práctica de sometimiento, justificada por explicaciones retóricas sobre la verdadera libertad. Y la autonomía no sólo llega a ser un ejercicio autocomplaciente de la obediencia sino que al contribuir a que los hombres tomen al autogobierno nominal por el verdadero autogobierno acaba por apartarlos de la búsqueda de este último. Quiero decir que cuando hablamos de autogobierno podemos determinar si existe, y sabemos qué es lo que debemos hacer para alcanzarlo; mientras que cuando hablamos de autonomía, se pasa por alto la verificación empírica y podemos quedarnos tranquilamente en la cama pensando que somos libres. Las democracias racionalistas han estado mal aconsejadas cuando adoptaron un concepto filosófico ambiguo que distrae nuestra atención de los problemas concretos y prácticos y al que, peligrosamente, poco le falta para ser una construcción ficticia detrás de la cual se esconde la figura de la libertad entendida como sometimiento y conformidad pasivos. En el ámbito de la política, la autonomía es una interpretación de la libertad indigna de confianza y su renacimiento indica que la *forma mentis* democrática está gravemente afectada de insensibilidad política. Al reaparecer en la escena histórica después del liberalismo, o sea, en una situación de libertad política establecida, esta *forma mentis* revela, por la adopción misma del concepto de autonomía, que no ha pasado por las pruebas y lecciones que impone la opresión política.

Existe, por supuesto, un tipo de autonomía que podríamos considerar como una *libertas major* aun en la esfera de la política; pero lo encontraríamos en una sociedad que funcionase en virtud de una autodisciplina espontánea donde las reglas autoimpuestas e interiorizadas ocuparían el lugar de leyes compulsivas que emanaran del estado. Podemos reservar este concepto para una época en que el estado se haya extinguido, pero mientras éste siga creciendo, no nos dejemos engañar con la idea de que existe una libertad democrática superior concebida como autonomía. Mientras el estado crece hay que tener presente que, aun cuando yo puedo lograr gobernarme perfectamente, esta autonomía no me protege de la posibilidad de ser enviado a un campo de concentración, y ése es precisamente el problema. Equivale a decir que creo en el concepto de autonomía como libertad moral, en el sentido indicado por Kant, pero no por cierto en la autonomía como un cuarto tipo de libertad política.

6. El principio de las consecuencias decrecientes

He querido examinar cabalmente el concepto de autonomía porque esta noción es un típico ejemplo de ese exceso verbal que tiende a comprometer -entre otras cosas- la difícil precaria conquista de la libertad política. Muchos estudiosos consideran la cuestión de la libertad como si fuera más un problema lógico que empírico. Es decir que ignoran el

principio que he dado en llamar la ley de las consecuencias decrecientes o, como también debemos designarla, de la dispersión de los efectos.

A partir de la premisa de que todos participamos (como fracciones infinitesimales) en la creación del cuerpo legislativo, indicamos audazmente que es *como si* las leyes fueran obra nuestra. Asimismo, y de un modo más elaborado, inferimos que cuando una persona representa a “unas diez mil personas” contribuye (aunque actuando como una fracción muy pequeña) al proceso legislativo; entonces hace de los miles de seres a quienes representa personas libres, porque los representados obedecen las normas que han elegido libremente (trunque podría suceder que incluso su representante se opusiera a dichas normas). La situación no puede ser más absurda. Resulta evidente que se trata nada más que de una gimnasia mental en un espacio interplanetario sin fricciones. Volviendo a la tierra, estas cadenas de inferencias acrobáticas no tienen ningún valor, por la sencilla razón de que la fuerza impulsora de las causas (las premisas) está exhausta mucho antes de alcanzar el blanco. En términos empíricos, de la premisa “sé nadar”, puede inferirse que puedo cruzar un río, pero no que puedo cruzar el océano. La “causa”, capacidad para nadar, no puede producir efectos eternos. Y el mismo razonamiento se aplica en la esfera empírica de la política a la “causa”, es decir, la participación y las elecciones.

A veces los servicios que requerimos de la participación política no tienen límites. Sin embargo, de la premisa de que la participación continua y eficaz de los ciudadanos en el autogobierno de una pequeña comunidad puede producir el “resultado” libertad (precisamente una libertad como autonomía), no podemos sacar la conclusión de que el mismo monto de participación producirá el mismo resultado en una gran comunidad; en efecto, una participación igualmente intensa ocasionará consecuencias decrecientes en esta última. Una advertencia similar se aplica a nuestra forma de ligar las elecciones con la representación. Las elecciones producen resultados representativos, por decirlo así; pero es absurdo requerir de la “causa”, las elecciones, efectos infinitos. Bruno Leoni se refirió con gran lucidez a este problema: “Cuanto mayor es el número de personas a quienes se trata de ‘representar’ a través del proceso legislativo y más numerosos los asuntos en que se trata de representarlas, menos puede referirse el significado de la palabra ‘representación’ a la voluntad real de la gente real, distinta de las personas designadas como ‘representantes’ suyos. [...] La ineludible conclusión es que para devolver a la palabra ‘representación’ su significado original y razonable, debería efectuarse una reducción drástica, ya en el número de ‘representados’, ya en el número de asuntos en los cuales están presuntamente representados, o en ambos”. (72)

No sé si podemos volver a la “drástica reducción” sugerida por Leoni. Pero no hay duda de que si seguimos estirando (aunque no infinitamente) la cuerda elástica de la representación política más allá de cierto límite -desafiando la ley de la dispersión de los efectos-, la cuerda se romperá. Cuanto mayor es el grado de representación que pedimos, menos estrecho es el vínculo que une a los representantes con sus representados. Guardémonos, pues, de considerar la representación como otra versión de las fórmulas que nos hacen creer (por lógica demostración) que somos libres cuando en realidad no lo

somos. La fábula que quiere hacer creer que la autonomía contribuye a promover la verdadera libertad política nos deja realmente estupefactos.

7. Del imperio del derecho al imperio de los legisladores

Hay dos razones por las cuales he dado especial importancia a la relación entre la libertad y el derecho. La primera es que tengo la impresión de haber ido muy lejos en el así llamado enfoque informal. En nuestros días, tanto los científicos como los filósofos cuyo campo de acción es la política, desprecian el derecho. Los primeros, porque creen que es muy poco lo que pueden hacer las leyes, o en todo caso menos de lo que anteriormente se había creído posible, y los últimos porque el objeto de su interés y sus desvelos era inicialmente una libertad superior que no se viera trabada por obstáculos humildes y terrenales. (73) Benedetto Croce compartía sin duda esta actitud. Sin embargo, los filósofos tienen una buena provisión de sentido común, y es sumamente significativo que un pensador antijurídico como Croce dijera: “Quienes edifican teorías que atacan al derecho pueden hacerlo despreocupadamente porque están rodeados, protegidos y animados por las leyes; pero en el instante mismo en que todas las leyes comenzaran a desmoronarse perderían inmediatamente el gusto por las teorías y la charlatanería”. (74) Ésta es una saludable advertencia que siempre debería tenerse presente. Después de todo, si durante dos milenios y medio el hombre occidental ha buscado la libertad en el derecho, debe haber existido una buena razón para ello. Nuestros antepasados no eran más ingenuos que nosotros. Todo lo contrario.

Debemos admitir, no obstante, que el escepticismo general acerca del valor de la protección jurídica de la libertad no es injustificado. La razón de este hecho consiste en que nuestra concepción del derecho ha cambiado y que, en consecuencia, éste no puede seguir brindándonos las garantías que nos ofrecía en el pasado, lo cual no es una razón para dejar, o crear, un vacío que solía llenar el derecho, pero lo es para permanecer alertas y no dejarnos arrullar por la idea de que las leyes montan guardia en torno a nosotros mientras dormimos veinticuatro horas por día. Y éste es mi segundo motivo para prestar mucha atención a la relación entre el derecho y la libertad política. Montesquieu, que aún confiaba en la protección del derecho natural, podía afirmar con mucha sencillez que somos libres –porque estamos sujetos a las “leyes civiles”. (75) Pero nuestro problema comienza exactamente donde termina esta aseveración, porque nos vemos obligados a formular la pregunta que Montesquieu, así como Rousseau, podían ignorar: ¿Qué leyes son las “leyes civiles” ?

Por empezar, ¿qué es la ley? En la tradición romana, *ius* (en latín, la ley) ha acabado por ligarse inextricablemente con *iustum* (lo que es justo); (76) y en el curso del tiempo la antigua palabra empleada para nombrar el derecho pasó a ser en inglés (así como en italiano y en francés) el término utilizado para designar la justicia. Resumiendo, *ius* es tanto “lo legal como lo justo”. Esto significa que no se ha concebido el -derecho como una regla general puesta en vigor por un soberano (*iussum*), sino como una regla que

encarna y expresa el sentido de justicia de la comunidad (*iustum*). En otras palabras, el derecho ha sido concebido no sólo como una norma cualquiera que tiene la “forma” de la ley, sino también como un “contenido”, es decir, como aquella norma que también tiene el valor y la cualidad de ser justa.

Tal ha sido hasta hace poco tiempo la opinión general sobre la naturaleza -del derecho. (77) En la práctica, sin embargo, nos enfrentamos a problemas muy serios, ya que la ley no es algo que esté dado, sino que debe hacerse. Sólo las sociedades primitivas o tradicionalistas pueden actuar sin contar con el respaldo de una legislación pública y deliberada. Por tal motivo, debemos responder a varias preguntas: ¿Quién hace la ley? ¿Cómo la hace? Y además, ¿quién interpreta las leyes? Para que podamos ser gobernados por las leyes, o mejor dicho por medio de las leyes, los legisladores mismos deben estar sujetos a la ley. Pero ésta es evidentemente una empresa que exige gran esfuerzo y coraje. El problema se ha resuelto dentro del estado constitucional ordenando el procedimiento legislativo de modo tal que “la forma de la ley” también constituye una garantía e implica un control de su contenido. (78) Un gran número de dispositivos constitucionales están, en efecto, destinados a crear las condiciones de un proceso de legislación en el cual el *ius* permanecerá ligado con el *iustum*, donde la ley continuará siendo justa. Por esta razón, la legislación tiene a su cargo la elección de cuerpos que deben responder al electorado periódicamente. Y por la misma razón no damos carta blanca a las personas elegidas para cumplir la función pública, sino que las consideramos como portadoras del poder reducidas por alguna limitación a cumplir un papel representativo.

Pero esta solución, o digamos más bien situación, ha reaccionado sobre nuestra concepción del derecho. Como ya he dicho, tenemos ahora un nuevo enfoque de la naturaleza del derecho. En efecto, la jurisprudencia analítica (que evoca el nombre de John Austin), por una parte, y el positivismo jurídico (de tipo Kelsen), por la otra, han acabado por dar una definición puramente formal del derecho, es decir, han identificado el derecho con la forma del derecho. Esta desviación es realmente una consecuencia bastante evidente del hecho de que la existencia del *Rechtstaat* (79) [el estado de derecho] parece eliminar la posibilidad misma del derecho injusto y, por tal motivo, permite que el problema del derecho se reduzca a un problema de forma más bien que de contenido.

Infelizmente, sin embargo, la escuela formalista de jurisprudencia pasa completamente por alto esta dependencia, es decir, el hecho de que la definición formal del derecho presupone el estado constitucional. En consecuencia, el alto nivel de refinamiento alcanzado por este enfoque no puede librarlo del cargo de haber sacado conclusiones sin prestar atención a las premisas, y de haber erigido así una estructura cuya perfección lógica está socavada por su falta de fundamentos. (80)

La implicación de este desarrollo, con respecto al problema político que la legalidad constitucional procura resolver, es que Austin, Kelsen y sus numerosos seguidores han creado, aunque inconscientemente, un estado de cosas muy lamentable. Hoy en día

acostumbramos aplicar la palabra “constitución” a cualquier tipo de organización estatal (81) y “derecho” a toda directiva estatal expresada en la forma establecida por el soberano mismo. Ahora bien, si el derecho deja de ser un hecho que esté justificado por un valor (un *ius* que sea *iustum*) y si la idea de derecho por una parte se restringe a las ordenes que llevan el sello de la voluntad del soberano, y por la otra se extiende a toda orden que el soberano esté dispuesto a poner en vigor, entonces resulta claro que un derecho así definido no puede seguir resolviendo nuestros problemas. De acuerdo con la definición puramente formal, un derecho sin justicia es, a pesar de todo, un derecho. Por consiguiente, la legislación puede ser dura y tiránica y sin embargo no sólo se la puede considerar como legal sino también respetar como legítima. De esto se infiere que semejante concepción del derecho no deja lugar para la idea de derecho como salvaguardia de la libertad. En este sentido la palabra “derecho” es, o puede emplearse como una palabra trampa.

Si los enfoques analítico-positivistas de la jurisprudencia moderna no son tranquilizadores -al menos para quienes se preocupan por la libertad política-, debemos agregar que el desarrollo de facto de nuestros sistemas constitucionales lo es menos aun. Lo que los padres fundadores del constitucionalismo (82) liberal pensaban -en relación con el proceso legislativo- era llevar el imperio del derecho al estado mismo, es decir, empleando los términos de Charles H. McIlwain, extender la esfera de la *iurisdictio* a la esfera misma del *gubernaculum* (el gobierno). (83) El constitucionalismo inglés se originó en realidad de este modo, puesto que los principios *garantiste* de la constitución inglesa son generalizaciones derivadas de decisiones especiales tomadas por los tribunales en relación con derechos de individuos específicos. Y ya que la práctica constitucional inglesa -aún cuando siempre se la haya comprendido erróneamente- ha inspirado en forma constante a los constitucionalistas de la Europa continental, la teoría del *garantisme* así como la del *Rechtsstaat* (en su primera etapa) tenían el propósito de cubrir el *gubernaculum* con una capa de *iurisdictio*. Poco importa hasta qué punto se interpretó equivocadamente el concepto anglosajón de *rule of law*, (84) pero no hay duda de que el constitucionalismo liberal esperaba ansiosamente un gobierno de políticos que tuviera en cierto modo los mismos rasgos y diera la misma seguridad que un gobierno de jueces. Pero tras un período relativamente breve el constitucionalismo cambió -aunque no tan rápida y acabadamente en los países de habla inglesa- y dejó de ser un sistema basado en la *rule of law* para convertirse en un sistema centrado en la *rule of legislators*. Y no hay motivo para negar el hecho de que esta transformación ver se modifica en gran medida la naturaleza y el concepto de derecho.

Bruno Leoni resume este desarrollo con gran claridad:

“El hecho de que en los códigos y constituciones del siglo XIX la legislatura se hubiera limitado principalmente a compendiar leyes no sancionadas cayó gradualmente en el olvido o se consideró de poca importancia en comparación con el hecho de que tanto los códigos como las constituciones habían sido sancionados por legislaturas cuyos miembros eran los ‘representantes’ del pueblo. [...] la consecuencia más importante de la nueva tendencia fue que

en el continente y, en cierta medida, en los países de habla inglesa, todos se fueron acostumbrando a concebir generalmente el derecho como derecho escrito, es decir, como una simple serie de leyes sancionadas por los cuerpos legislativos de acuerdo con el dominio de la mayoría [...]. Otra consecuencia de esto [...] fue que la actividad de legislar ya no fue considerada como un proceso ligado fundamentalmente con una actividad teórica ejercida por expertos, como los jueces Y los juristas, sino más bien como la mera voluntad de ganar la mayoría dentro de los cuerpos legislativos". (85)

Nos parece perfectamente normal que se identifique el derecho con la legislación. Pero en la época en que Savigny publicó su monumental *System of Actual Roman Law* (1840-1849), tal identificación era inaceptable aun para el principal exponente de la escuela histórica del derecho. Y hoy podemos apreciar mucho mejor que hace un siglo el largo alcance de sus implicaciones. Pues cuando el derecho se reduce a ser una actividad legislativa estatal, "una concepción volitiva" o una teoría compulsiva del derecho reemplaza la noción de *common law*, es decir, la idea de un proceso de libre creación de la ley derivado de la costumbre y definido por decisiones judiciales.

Nuestra concepción legislativa del derecho tiene muchas desventajas prácticas, por no hablar de sus peligros. En primer lugar, el imperio de los legisladores da por resultado una verdadera manía centrada en la elaboración de leyes, una verdadera inflación de las leyes. Dejando a un lado el problema que le plantean a la posteridad los cientos de miles de leyes que deberá afrontar, número que se eleva, en ocasiones, a una tasa de un par de miles por legislatura, el hecho es que la inflación de las leyes en sí desacredita el derecho. No se trata solamente de la excesiva cantidad de leyes que disminuyen el valor del derecho; también debe tenerse en cuenta su mala calidad. Nuestros legisladores no se distinguen por las leyes de que son autores, y esto se debe a que el sistema no estaba destinado a reemplazar a los juristas y la, jurisprudencia. En este sentido conviene recordar que cuando la teoría clásica del constitucionalismo confió la garantía institucional de la libertad a una asamblea de representantes, se le asignó a dicha asamblea no tanto la tarea de modificar las leyes, como la de evitar que el monarca las modificara unilateral y arbitrariamente. En lo que concierne a la función legislativa, los parlamentos no estaban destinados a actuar como cuerpos técnicos especializados y menos aun como instrumentos ideados para cumplir el propósito de acelerar la producción de leyes.

Por añadidura, las leyes excesivas en número y deficientes en calidad no sólo desacreditan el derecho, sino que también socavan lo que construyeron nuestros antepasados, un derecho del país relativamente estable y espontáneo, común a todos y basadas en reglas de aplicación general. Inevitablemente, "los cuerpos legislativos son por lo general indiferentes a la forma y consistencia básicas de la pauta legal, cuando no las ignoran. Imponen su voluntad a través de reglas confusas que no pueden aplicarse en términos generales, y buscan ventajas sectoriales en leyes especiales que destruyen la naturaleza misma del derecho". (86) Y no se trata sólo de la generalidad de la ley. La producción masiva de leyes acaba por comprometer el otro requisito fundamental del

derecho: la certidumbre. Ésta no consiste únicamente en una redacción precisa de las leyes o en que sean puestas por escrito: es también la certeza de que serán perdurables. Y en este sentido, el ritmo actual de la actividad legislativa estatutaria nos recuerda lo que sucedió en Atenas, donde “las leyes eran ciertas (es decir, redactadas con precisión en una fórmula escrita), pero nadie tenía la certeza de que cualquier ley, válida hoy, pudiera durar hasta mañana”. (87)

Esto no es todo. En la práctica, la concepción legislativa del derecho acostumbra a los destinatarios de las normas a aceptar cualquiera y todas las órdenes del estado, es decir, aceptar cualquier *iussum* como *ius*. La legitimidad se resuelve en la legalidad, y en una legalidad meramente formal, ya que el problema del derecho injusto se descarta por considerárselo metajurídico.(88) De esto se infiere que el paso de la libertad a la esclavitud puede ocurrir calladamente, sin que se produzca ninguna ruptura de la continuidad, en forma casi inadvertida. Una vez que la gente se habitúa al dominio de los legisladores, el *gubernaculum* ya no tiene nada que temer de la *iurisdictio*. Está despejado el camino para la supresión legal de la legalidad constitucional. Quien haya pasado por la experiencia de observar, por ejemplo, cómo el fascismo se estableció en el poder, sabe con cuánta facilidad se puede manipular el orden jurídico existente para servir a los fines de una dictadura sin que el país tome conciencia realmente de la ruptura.

No iré tan lejos como para decir que la decadencia del gobierno constitucional -entendida como el hábito de considerar las leyes en función del estado y no el estado en función de las leyes- ya nos ha despojado de la sustancia de la protección jurídica. Pero deseo poner de relieve que hemos llegado a un punto en que la protección depende exclusivamente de la supervivencia de un sistema de garantías constitucionales. Nuestros derechos han dejado de estar salvaguardados por nuestra concepción del derecho. Ya no estamos protegidos por el imperio del derecho sino (en la terminología de Mosca) tan sólo por los dispositivos de “la defensa jurídica”. Y puesto que muy pocas personas parecen estar plenamente conscientes de este hecho, (89) es importante llamar la atención sobre él. En todas partes, y especialmente en las democracias racionales, se ha hecho un llamamiento en favor de la democratización de las constituciones. Pero esta demanda sólo indica la continua erosión de las técnicas del garantismo. El ideal de estos reformadores es transformar el derecho en una franca legislación y la legislación en un imperio de legisladores liberados de los grilletes de un sistema de controles y contrapesos. Resumiendo, su ideal está representado por constituciones tan democráticas que han dejado de ser, para hablar con propiedad, constituciones. Esto significa que dichos reformadores, y lamentablemente la mayoría de la gente, ya no comprenden que cuanto más se socavan los logros del constitucionalismo democrático, más cerca estamos de la solución a que llegaron los griegos y que demostró ser su ruina, es decir, que el hombre estaba sujeto a leyes que se transformaban con tanta facilidad que llegaron a ser incapaces de asegurar la protección del derecho.

Existen, pues, innumerables motivos de alarma. Mientras la ley, tal como se la entendía antes, servía eficazmente como un sólido dique contra el poder arbitrario, la legislación,

como se la concibe en nuestros días, no es ni puede llegar a ser una garantía. Durante siglos la firme distinción entre *iurisdictio* y *gubernaculum*, entre asuntos de derecho y asuntos de estado, hizo posible que la libertad legal compensara la ausencia de libertad política en muchos aspectos (cuando no en todos). Pero hoy en día lo contrario es verdad: sólo la libertad política asegura la protección legal de los derechos individuales. Ya no podemos contar con un derecho que ha quedado reducido al derecho estatutario, a un *ius iussum* al que ya no se le exige que sea (de acuerdo con la concepción formal) un *ius iussum*. O más bien, sólo podemos confiar en él mientras permanezca ligado con el estado constitucional, en el sentido liberal y *garantiste* del término.

Hoy, como ayer, la libertad y la legalidad están ligadas entre sí, porque la única manera que conocemos de edificar un sistema político que no sea opresivo es despersonalizar el poder colocando el derecho por encima de los hombres. Pero esta ligazón nunca ha sido tan precaria y tenue como en el presente. Cuando el imperio de la ley se resuelve en el imperio de los legisladores, el camino está abierto, por lo menos en principio, para una opresión “en nombre de la ley” que no tiene precedentes en la historia de la humanidad. Está abierto, repito, a menos que retomemos el estado constitucional con vigor y conciencia renovados. Y no hay nada de legalista en esta tesis. Creo en el derecho como un instrumento esencial de la libertad política, pero sólo en la medida en que la libertad política sea el fundamento y la condición de todo lo demás. En otras palabras, lo que protege nuestras libertades en nuestros días son los “derechos”, no el derecho como forma, en el cual tantos juristas parecen confiar. Y nuestros derechos son la institucionalización de un liberarse *de*, el ropaje jurídico de una libertad concebida como una ausencia de coerción.⁽⁹⁰⁾ Sólo en este sentido, y estrictamente con estas condiciones, he subrayado que sólo la libertad bajo la ley (no la libertad como autonomía) y solamente un sistema constitucional como instrumento regulador, impersonal (no un poder popular como tal) han sido, y son aún, los guardianes de las sociedades libres.

Nos preguntábamos al comienzo qué lugar, en la escala de las prioridades históricas, ocupa hoy para nosotros el principio de la libertad política. Si mi diagnóstico es acertado, ésta es la respuesta: en la medida en que *iurisdictio* llega a ser *gubernaculum* la legalidad suplanta a la legitimidad, en la misma medida la libertad política adquiere un valor supremo y la necesidad de una libertad que sea un liberarse de vuelve a ser un interés primordial. Sólo hace pocas décadas habría podido parecer que la ideas liberal y política de libertad se habían vuelto obsoletas. Pero ahora es importante comprender que las nuevas libertades a las que éramos afechos hasta hace poco se están convirtiendo en libertades anticuadas, en el sentido de que la libertad política que dábamos por supuesta es la misma libertad en que debemos pensar nuevamente. El péndulo de la historia oscila de un lado a otro. Por consiguiente, quienes abogan todavía por una mayor libertad democrática a expensas de la menospreciada libertad liberal ya no están al frente del progreso. Se asemejan mucho más a una retaguardia que aún combate en los puestos de la guerra anterior que a una vanguardia que enfrenta al nuevo enemigo y las amenazas actuales.

Con esto no quiero significar de ningún modo que la cuestión de la libertad está agotada por la solución liberal del problema político de la libertad, o que no sea importante completar una libertad concebida como no-restricción agregando una libertad *para* y un poder sustantivo *para*. Pero es igualmente importante llamar la atención nuevamente sobre el enfoque apropiado del problema de la libertad política, puesto que es la libertad en el sentido de liberarse *de* y no la libertad *para* lo que marca el límite entre la libertad política y la opresión política. Cuando definimos la libertad como “el poder *para*”, entonces el poder *para* ser *libres* (de los ciudadanos) y el poder *para* coacer (del estado) se entremezclan fácilmente. Esto se debe a que la mi llamada libertad positiva puede emplearse en toda dirección y para alcanzar cualquier meta.

Por consiguiente, las llamadas libertades democráticas, sociales y económicas presuponen la técnica liberal del manejo del poder, y deseo subrayar *liberal* porque resulta importante no confundir el concepto liberal de libertad -que es perfectamente claro- con las múltiples y oscuras nociones que pueden extraerse de la fórmula tan explotada de las “libertades democráticas”. Es verdad que los ideales democráticos son un elemento -de presión para la libertad del liberalismo, en el sentido de que desarrollan “una posibilidad para” hasta convertirla en “un poder para”, agregando al derecho de ser iguales las condiciones de la igualdad. Pero por más que la democracia penetre en el liberalismo y lo moldee conforme a sus metas, no veo cómo podemos distinguir y derivar a partir de la necesidad de libertad como no-restricción una segunda forma de libertad política *sui generis*. Ahora bien, ¿podemos oponer a la libertad que es un liberarse *de*, otras y más tangibles formas de libertad? Mi respuesta sólo podría ser: otras libertades, sí, por supuesto; pero otra clase de libertad *política*, no, porque no existe.

(*) Traducido de *The Politicization of Society*, Kenneth S. Templeton, Jr. ed., Indianápolis, Liberty Press, 1979. Derechos cedidos por el autor.

(**) Anales, III, 27.

(1) Essay on Freedom and Power, p. 53.

(2) Sobre el problema de la libertad en general, el libro de Mortimer J. Adler, *The Idea of Freedom* (Garden City, 1958), es una valiosa fuente de información (véase también la bibliografía, pp. 623-63). No estoy de acuerdo, sin embargo, ni con la clasificación ni con el método, que él califica de “dialéctico”. Los conceptos de cada autor están tratados en un vacío histórico. Por consiguiente, en la presentación de Adler se pasa por alto el hecho de que se recurre a tesis diferentes para explicar un mismo suceso y que muchas diferencias se deben al hecho de que se dan las mismas explicaciones para circunstancias diferentes. Para contar con más referencias al problema general, consúltense especialmente las siguientes obras que contienen excelentes trabajos: *Freedom, Its Meaning*, comp. R. N. Anshen, y *Freedom and Authority in Our Time*, comp. Bryson, Finkelstein, MacIver y McKeon, New York, 1953.

(3) No utilizo los rótulos corrientes como libertad en el sentido de liberarse del miedo, de la privación, de la necesidad, o la fórmula “libertad como autoexpresión” ya que rara vez resulta claro a qué contexto pertenecen. Con excepción de la libertad con respecto a la necesidad (que plantea claramente un tema económico), liberarse del miedo y de la inseguridad pueden

considerarse como ejemplos de libertad psicológica pero también de libertad política y, lo que es peor aun, la libertad como autoexpresión puede ser precisamente tanto una libertad psicológica como una libertad moral y/o intelectual.

(4) Véase *Essay Concerning Human Understanding*, esp. v. I, libro II, cap. 21 *passim*, y *Two Treatises on Government*, libro II, cap. 4, secc. 22.

(5) En *Approaches to the Study of Politics*, comp. R. Young, pp. 174 y 184.

(6) En *Freedom*, op. cit., p. II.

(7) Ésta es la conocida definición de Hobbes que se encuentra en el cap. XXI de *Leviathan* y dice así : “La libertad significa, propiamente, la ausencia de oposición: por oposición quiero decir impedimentos externos del movimiento”. Esta definición fue -según Hobbes-- “el exacto y generalmente aceptado sentido de la palabra” en Inglaterra. (Para mayor exactitud, Hobbes sitúa la definición en el contexto de la “libertad natural”, pero también se imbrica en el contexto de la libertad civil, de la “libertad de los individuos”.) Presume que incluso Adler estaría de acuerdo con mi declaración acerca de la continuidad básica del concepto de libertad política, pues en la conclusión escribe: “Mientras identificábamos la libertad política (...) encontramos que el hecho de estar exento de la voluntad arbitraria de otro estaba comúnmente presente en el entendimiento de todas las libertades” (*The Idea of Freedom*, pp. 611-12).

(8) Por supuesto, las coerciones económicas y religiosas, así como las sociales (por ejemplo, el tipo de tiranía de la mayoría de Tocqueville) también pueden ser de interés para las autoridades públicas, pero no son necesariamente un aspecto de la libertad política.

(9) Por lo tanto no me parece, como sostiene H. J. Morgenthau, que la libertad política se enfrente a un dilema: libertad para quien tiene el poder político o para quien está sujeto a dicho poder. El concepto de libertad política está vinculado al último problema, no a la libertad de dominación. Estoy muy de acuerdo con las conclusiones de Morgenthau, pero no creo, como él sugiere, que nos encontremos ante un caso de falta de libertad cuando quien tiene el poder no puede hacer uso de él sin restricciones. Véase “*The Dilemmas of Freedom*” en *American Political Science Review*, III (1957), pp. 714 y ss.

(10) Ésta es una expresión de Hobbes. Véase *Leviathan*, cap. XIV.

(11) Véase “*The Pattern of Liberty*”, en *Liberty*, comp. MR. Konvitz y C. Rossiter, Ithaca, 1958 pp, 16-18.

(12) *Ibidem*.

(13) Jhering nos recuerda que “el derecho no es un concepto lógico sino energético y activo” (*Der Kampf um's Recht*, 1* ed., 1873, cap. I). Comp. Con nota 15.

(14) O bien siguen la fórmula de la antigua libertad tratada en las secciones 5 y 6.

(15) “*Les libertés sont des résistances*” (las libertades son resistencias), solía decir Royer-Collard, el doctrinario de la Restauración francesa. Es sintomático que en un autor tan alejado como Laski encontremos una connotación tan estrechamente relacionada con este tema. Comp. Harold J. Laski; *Liberty in the Modern State*, Nueva York, 1949, p, 1”2: “La libertad no puede dejar de tener coraje para resistir las exigencias del poder en algún punto que se considera decisivo.”

(16) Debería comprenderse con claridad que en la expresión “libertad política” incluyo también las así llamadas libertades civiles (libertad de palabra, de prensa, de reunión, etc.). Las libertades civiles, asimismo, son libertades que entran en la categoría de la libertad en el sentido de liberarse de, ya que delimitan la esfera de acción del estado y marcan el límite entre el uso y el abuso del poder político. Nuestros derechos políticos emanan de las libertades civiles como continuación de ellas y sobre todo como su concreta garantía. Es decir que los derechos políticos

son libertades civiles que han sido ampliadas y protegidas, y las libertades civiles son la razón de ser (aunque no la única) de la existencia de los derechos políticos.

(17) Véase más adelante, sección 7.

(18) *Oratio Pro Cluentio*, 53.

(19) Las excepciones no son probatorias porque, como M. J. Adler ha señalado acertadamente, aunque hay “1) autores que sostienen que la libertad consiste en eximirse de las regulaciones o restricciones legales, y 2) autores para quienes la libertad consiste en la obediencia a la ley [...] unos y otros no se refieren a la misma libertad. Aunque pueda parecer que dan respuestas opuestas a la pregunta: ‘¿Cómo se relaciona el derecho con la libertad?, En realidad no toman la pregunta en el mismo sentido”. Comp. más adelante, nota “3.

(20) Rudolf von Jhering en *Geist des römischen Rechts* y Bryce en *Studies in History and Jurisprudence* advirtieron la similitud de desarrollo entre el constitucionalismo romano y el inglés.

(21) Véase, por ejemplo, Aristóteles: “Los hombres no deberían pensar que es una esclavitud vivir de acuerdo con el imperio de la Constitución, porque ella es su salvación”. (Política, 1310a.)

(22) Wirszubski, *Libertas*, Cambridge, 1950, p. 13

(23) Prefiero, sin embargo, decir “garantisme constitucional” en lugar de estado de derecho (Rechtsstaat) porque la última denominación puede entenderse en un sentido restrictivo como un mero sistema de justicia administrativa. De hecho, la noción administrativa de Rechtsstaat ha prevalecido sobre la noción constitucional (al menos en la doctrina jurídica italiana y alemana). Véanse las pertinentes observaciones de Giuseppino Treves, “Considerazioni sullo stato di diritto”, en *Studi in onore di E. Crosa*, Milán, 1960, v. II, pp. 1591-94.

(24) Notablemente la exteriorización y generalización del principio según el cual todos los hombres tienen el derecho de vivir conforme a sus propios principios y a su conciencia.

(25) La obra de Dicey, *The Law of the Constitution* (1885), Segunda Parte, sigue siendo la exposición clásica de la teoría de la *rule of law*. En cuanto a los precedentes que pasaron inadvertidos para Dicey, y en especial la contribución de las comunas italianas a la elaboración de dicho principio, véase el detallado estudio de Ugo Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie Italiane*, Padua, 2º ed., 1955.

(26) Digo “posiblemente” porque “el debido proceso legal” tal como se entiende en Estados Unidos no tiene equivalente en Europa, y en el fondo supera considerablemente no sólo la *lex terrae* del antiguo derecho inglés, sino asimismo la interpretación inglesa de la *rule of law*.

(27) Duverger nos recuerda que “cuando Laboulaye dio el título de *Cours de politique constitutionnelle* a una compilación de las obras de Benjamin Constant, quería significar en el fondo Curso de política liberal. Los regímenes ‘constitucionales’ son regímenes liberales”. Véase M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1955, p. 3. Para ser precisos, el propio Constant compiló estos escritos en 1818-19, diciendo que “constituyen una especie de curso de política constitucional [...]”

(28) *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cap. VII.

(29) B, de Jouvenel, *Du pouvoir*, p. 290.

(30) “[De lo contrario] puede estar seguro de que no gobernará el derecho, sino los hombres” (*Considérations sur le gouvernement de la Pologne*, cap. 1).

(31) Ésta es la tesis que está constantemente presente en todos los escritos de Rousseau. En el *Discours sur l' économie politique*, compilado probablemente en 1754 para la *Encyclopédie*, Rousseau escribía: “El derecho es lo único a lo cual el hombre debe su libertad y la justicia que recibe”. En la carta-dedicatoria al *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*,

escribió: “Ninguno de ustedes es tan poco ilustrado como para no darse cuenta de que donde el vigor del derecho y la autoridad de sus defensores terminan, no puede haber seguridad o libertad para nadie”. En el primer borrador del *Contrat social* (1756), se describía el derecho -como “la más sublime de todas las instituciones humanas”. En la “breve y fiel” condensación de su *Contrat social* en las *Lettres écrites de la montagne*, ‘Rousseau repetía: “Cuando los hombres se colocan por encima del derecho [...] sólo dejan amos y esclavos” (pto. I, nº 5).

(32) pto. II, nº 8. Anteriormente Rousseau había dicho: “No hay [...] libertad sin leyes, ni lugar alguno donde -exista alguien que esté por encima del derecho [...]. Una nación libre obedece al derecho y sólo al medio; y a través del poder del derecho, no obedece a los hombres [...]. El pueblo es libre [...] cuando ve en quien lo gobierna no a un hombre, sino al órgano del derecho” (ibidem). Y en el pto. II, nº 9, escribía: “Todo lo que quieren los ciudadanos es el derecho y la obediencia al derecho. Cada individuo [...] sabe muy bien que cualquier excepción no obrará en su favor. Ésta es la razón por la cual todos temen las excepciones, y quienes temen las excepciones aman el derecho”.

(33) *Les confessions*, libro IX. Es una nueva formulación de la siguiente pregunta: “¿Cuál es la naturaleza de un gobierno bajo el cual el pueblo puede llegar a ser el más virtuoso, el más ilustrado, el más sabio, en resumen, el mejor que cabe esperar?”.

(34) Rousseau es afecto a esta comparación, que aparece en una carta a Mirabeau del 26 de julio de 1767.

(35) pto. II, nº 9.

(36) *Contrat social*, II, 6.

(37) Cf. B. de Jouvenel en el *Essai sur la politique de Rousseau* su compilación del *Contrat social*, Ginebra, 1947, pp. 123.26. Véase también *Du pouvoir*, pp. 295.304.

(38) La crítica contra la inconstancia de los atenienses está resurtida en el *Contrat social*, II, 4. Véase también III, 11, ibidem.

(39) El estado, dice Rousseau, “no necesita más que unas pocas leyes” (*Contrat social*, IV, 1), y recordemos que su modelo fue Esparta, es decir, la constitución estática por antonomasia. Dirigiéndose a su privilegiada Ginebra, escribía: “Tenéis leyes buenas y sabias, tanto por sí mismo como por la sencilla razón de que son leyes [...]. Puesto que la constitución de vuestro gobierno ha alcanzado una forma definida y estable, vuestra función como legisladores ha concluido: para afirmar la seguridad de este edificio es necesario que ahora encontréis tantos obstáculos para mantenerlo en pie como encontrasteis apoyos al construirlo [...]. El edificio está terminado, ahora la tarea es conservarlo tal cual es” (*Lettres écrites de la montagne*) pto. II, nº 9). La exhortación a “mantener y restablecer las antiguas formas” se encuentra también a lo largo de las *Considérations sur le gouvernement de la Pologne* (véase cap. III). Debemos tener presente asimismo que en Rousseau el concepto de derecho se basa en la costumbre, que a su juicio es el aspecto más importante del derecho (véase *Contrat social*, II, 12).

(40) En la carta-dedicatoria al *Discours sur l'inégalité parmi les hommes* Rousseau afirma que la república que hubiera elegido es aquella en que “los individuos están felices de aceptar las leyes”. En las *Considérations sur le gouvernement de la Pologne* (cap. II), Rousseau distingue entre los “redactores de leyes” y el “Legislador”, lamenta la ausencia de éste, y recuerda como ejemplos a Moisés, Licurgo y Numa Pompilio. Véase también el *Contrat social*, II, 7, donde invoca al Legislador, “un hombre extraordinario en el estado” que debe cumplir “una función especial y superior, que no tiene nada en común con la raza humana” porque “harían falta dioses para hacer leyes para los seres humanos”.

(41) En *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1950, R. Derathé estudia detalladamente la relación entre Rousseau y el derecho natural.

(42) Rousseau no fue el autor de esta expresión que, en realidad, era bastante común. Véase la cuidadosa e inteligente reconstrucción del concepto en *Essai sur la politique de Rousseau*, de Jouvenel, pp. 105-20 y 127-32.

(43) *Contrat social*, II, 3.

(44) No quisiéramos juzgar la voluntad general de Rousseau a través de cristales románticos o tomando en cuenta cómo llegó hasta nosotros después de la meditación idealista. También porque, como señala Derathé, “la voluntad general es esencialmente un concepto jurídico que sólo puede comprenderse a través de la teoría de la personalidad moral que fue formulada por Hobbes y Pufendorf” (J. J. Rousseau, etc., pp. 407-10).

(45) *Encyclopédie*, “Droit naturel”, sec. 9.

(46) Rousseau es asimismo un racionalista cuando, por ejemplo, declara que en la sociedad civil el hombre debe “consultar con su razón antes de escuchar sus inclinaciones” (*Contrat social*, I, 8), y que someterse a la sociedad civil significa estar sujeto a un “derecho dictado por la razón” (*ibidem*, II, 4). Consideremos también el siguiente pasaje del *Contrat*, II, 6: “Los ciudadanos privados ven el bien que repudian; el público quiere el bien que no ve [...]. Es necesario compeler al primero a que su voluntad concuerde con su razón; debemos enseñar al otro a saber lo que quiere”. (Las bastardillas son mías.)

(47) Véase en este sentido A. Cobban, *Rousseau and the Modern State*, Londres, 1934, y Derathé, *Le Rationalisme de Rousseau y Jean-Jacques Rousseau et la science Politique de son temps*. Cassirer llega a sostener que “la ética de Rousseau no es una ética del sentimiento, pero es la ética del derecho más pura y más definida que se haya formulado antes de Kant” (“Das Problem Jean-Jacques Rousseau”, trad. italiana, p. 84). Pero esto es ir demasiado lejos. Mi divergencia respecto a la tesis de Masson no implica que yo no tome en cuenta su obra fundamental, a decir, su libro clásico, *La Religion de J. J. Rousseau*, Paris, 1916, 3 vols., ni deseo negar que el pensamiento político de Rousseau es una continuación de su ética. Pero no veo cómo se pueden juntar el *Émile* (y con él el *Discours*, las *Confessions*, las *Réveries*, o incluso *La nouvelle Héloïse*) con los escritos políticos de Rousseau. El sentimiento de Rousseau podrá tener carácter romántico o no, pero lo importante es que “la ética del sentimiento” y “la ética -de la política” pertenecen a contextos radicalmente diferentes: en, el *Émile*, Rousseau educa al hombre “conforme a la naturaleza”, en él *Contrat* lo “desnaturaliza” hasta convertirlo en un ciudadano. Como Rousseau señala en el *Emile* (I), “Quien quiere preservar en una sociedad la prioridad de los sentimientos naturales, no sabe lo que quiere”. Esto equivale a decir que Rousseau considera dos hipótesis. Cuando la sociedad es demasiado grande y corrupta sólo se puede salvar al individuo. Por consiguiente, en el *Émile* Rousseau propone abolir las palabras “país” y “ciudadano” y exalta el amor a su propia persona. De acuerdo con esta hipótesis, el hombre debe dedicar toda su atención a sí mismo. Pero cuando la ciudad y la sociedad son pequeñas, e incluso patriarcales (ésta es la segunda hipótesis), entonces es preciso salvar la comunidad. Tal es el problema que plantea el *Contrat*. En el último caso, el ciudadano debe anular al hombre, el patriota debe colectivizar el amor de sí mismo, y el individuo debe dar su persona al conjunto; muere como “particular” y renace como miembro moral del cuerpo colectivo. Rousseau es coherente, pero sus hipótesis son discontinuas o, mejor dicho, alternativas. En el “hombre natural” domina el sentimiento, pero en el “desnaturalizado” (el ciudadano) la pasión y el amor son un catalizador que ayuda a producir una sociedad que actúa de acuerdo con la razón; y la voluntad general es el verdadero *deus ex machina* de una construcción puramente lógica.

(48) *Contrat Social*, IV, I.

(49) *Ibidem*.

(50) Es cierto que en Rousseau hay también una posición “subjetiva” en la cual la voluntad puede tomar decisiones respecto de las leyes (véase Contrat, II, 12); este reconocimiento está acompañado siempre de la posición según la --cual la razón descubre la necesidad “objetiva” de las leyes (véase Contrat, II, 11).

(51) La analogía demuestra ser cierta aun en este aspecto: para Rousseau también, en efecto, el legislador es un “revelador”, como observa Groethuysen en su libro *Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1949, p. 103.

(52) Véase esp. Contrat, II, 4 y 6.

(53) Contrat, II, 3. Aquí podemos percibir la distancia que hay entre Rousseau y Hegel, entre el filósofo del siglo XVIII y los románticos. En la conceptualización de Rousseau no encontramos, porque no podría haber, ninguno de esos ingredientes empleados por los románticos para edificar sus entidades colectivas y orgánicas: no encontramos el “alma” o el “espíritu” del pueblo. Por esta razón, la voluntad general para Rousseau debía tener algo de numérico y computable.

(54) En realidad Rousseau se apresura a especificar: “Frecuentemente hay bastante diferencia entre la voluntad de todos (*la volonté de tous*) y la voluntad general” (Contrat, II, 3). Ese “frecuentemente” revela las dificultades y oscilaciones de Rousseau. Por una parte, se preocupaba por encontrar un pasaje entre el Derecho y el Soberano, pero por Otra no se resignaba a aceptar esta consecuencia: que “un pueblo siempre es libre de cambiar sus leyes, incluso las mejores, porque si quiere dañarse ¿quién tiene derecho a detenerlo?” (ibidem, II, 12).

(55) B. de Jouvenel estableció muy claramente esta distinción: “La voluntad de todos puede obligar a cada uno jurídicamente. Esto es indudable. Pero es completamente diferente decir que es buena [...] Por consiguiente, a esta voluntad de todos que sólo tiene un valor jurídico Rousseau contrapone la voluntad general que siempre es justa Y siempre tiende al bienestar público (*Essai sur la politique de Rousseau*, p. 109).

(56) Obsérvese de paso que para Rousseau el “pueblo” es completamente diferente del *populacho*, El pueblo consta de “ciudadanos” y de “patriotas” solamente. Tanto en el proyecto de la Constitución de Polonia como en la de Córcega, Rousseau prevé un minucioso *cursus honorum* que equivale a una calificación de soberanía. Y desde las *Lettres écrites de la montagne* se puede ver muy claramente que para Rousseau, la igualdad es una condición intermedia entre el mendigo y el millonario representada por la burguesía. Entre el rico y el pobre, entre los gobernantes y el populacho, el “pueblo” de Rousseau no está alejado de la “fiase general” de Hegel.

(57) Contrat, II, 3.

(58) Ibidem, II, 6.

(59) Ibidem, IV, 2.

(60) Rousseau no sólo no tenía un temperamento revolucionario, sino que no era siquiera un reformador político. Véase la concisa aseveración de Groethuysen: “Las ideas de Rousseau eran revolucionarias, pero él no lo era” (*J. J. Rousseau*, p. 206). En su segundo *Discours* Rousseau declara: “Me hubiera gustado nacer bajo un gobierno democrático, sabiamente moderado” (carta-dedicatoria). En el tercer *Dialogue* subraya que “siempre insistió fin la preservación de las instituciones existentes”. En 1765 escribió a Buttafoco “He sostenido siempre y siempre seguiré como máxima inviolable el principio de tener el mayor respeto por el gobierno bajo el cual vivo y de no efectuar ningún intento [...] de reformarlo de manera alguna”. El proyecto sobre la reforma de Polonia es del principio al fin una advertencia en el sentido de que debemos ser prudentes cuando llevamos a cabo nuestras reformas. Una de las refutaciones más sarcásticas de los remedios revolucionarios se encuentra en este texto : “Me río de esa gente [...] que se imagina que para ser libre todo lo que tiene que hacer es ser rebelde” (*Considérations sur le gouvernement*

de la Pologne, cap. VI). Rousseau creía que sólo Córcega podía reformarse recurriendo exclusivamente a la legislación, ya que a su juicio era el único estado suficientemente joven como para salir ganando con ella (*Contrat*, II, 10). Para el resto, Rousseau advertía: “Una vez que las costumbres están establecidas y los prejuicios profundamente arraigados, es empresa vana y Peligrosa modificarlos” (ibidem, II, 8). Y refiriéndose a los cambios de régimen previene que “estos cambios -son siempre peligrosos [...] y nunca se debería tocar a un gobierno que está establecido excepto cuando se vuelve incompatible con el bienestar común” (ibidem, III, 18).

(61) Debemos discernir por lo menos tres fases en la evolución de la idea de derecho natural. Hasta la aparición de los estoicos el derecho natural no era un concepto jurídico, sino un término de comparación que denotaba la uniformidad y la normalidad de lo que es natural. con los estoicos, y sobre todo con los romanos, ya se puede hablar de una teoría del derecho natural. Pero la conceptualización romana no contenía la idea de. “derechos personales”, que es básica para nuestra idea de legalidad constitucional y que pertenece a la tercera fase.

(62) *Contrat social*, I, 8. Véase también I, 6.

(63) Ibidem, III, 15.

(64) Podríamos citar extensamente, ya que Rousseau sostiene este punto con gran firmeza. Incluso en las *Considérations sur le gouvernement de la Pologne*, es decir, en un contexto en el cual Rousseau tiene que suavizar y ajustar su concepción a un gran estado, sostiene que “el tamaño de las naciones, la extensión de los estados” es la primera y principal fuente de los infortunios humanos [...] casi todos los estados pequeños, sean repúblicas o monarquías, prosperan por la simple razón de que son pequeños, de que todos los ciudadanos se conocen entre sí [...]. Casi todas las naciones grandes, abrumadas por sus propias masas, sufren ya [...] bajo una monarquía o bajo los opresores” (cap. V). Véase también el *Contrat social*: “Cuanto más extenso es un estado, menos libertad hay en él” (III, 1); “cuanto más numerosa es la población, mayores son las fuerzas represivas” (III, 2).

(65) *General Theory of Law and State*, New Haven, 1945, pto. II, cap. IV, B. a2.

(66) El idealismo, para ser precisos. Estas infiltraciones han sido tan profundas que De Ruggiero en su *Storia del liberalismo europeo* (traducido al inglés por Collingwood, *History of the European Liberalism*, Londres, 1927) eleva a Hegel como figura central del pensamiento liberal, y siguiendo la línea Kant-Hegel llega a la conclusión de que “el estado, el órgano de compulsión por excelencia, ha pasado a ser la más alta expresión de la libertad” (P. 374); ésta es, de acuerdo con De Ruggiero, una posición típicamente liberal, de hecho la conquista esencial del liberalismo (véanse pp. 230-53 y pp. 372-74).

(67) *Politics*, 1317 b (tr. W. Ellis).

(68) Para estudiar la diferencia entre autogobierno, *Selbstverwaltung* (que los estudiosos alemanes asimilan, erróneamente, a autogobierno) y autarquía, véase Giuseppino Treves, “Autarchia, autogoverno, autonomia”, en *Studi in onore di G. M. De Francesco*, Milán, 1957, v. II, pp. 579-94.

(69) N. Bobbio, *Política e cultura*, p. 176

(70) Ibidem, pp. 173, 272.

(71) *On liberty*, Oxford, 1947, pp. 67-68.

(72) Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, New York, 1961, pp. 18, 19. El profesor Leoni tuvo la gentileza de permitirme consultar por anticipado el texto de sus conferencias y le estoy agradecido porque eso me hizo posible incluir muchos de los puntos tratados en la sección 7.

(73) También hay filósofos para quienes la libertad y el derecho se excluyen mutuamente. Esta tesis no se aplica, sin embargo, al problema político de la libertad, sino a la libertad considerada como autorrealización o autoperfección. Quisiera ir más lejos y decir que ningún autor que haya

aislado claramente el problema de la libertad política apoya el criterio de que “la libertad se opone al derecho”, siempre que se hagan algunas reservas sobre lo que se entiende por derecho. La tesis de que el derecho infringe la libertad individual, sostenida entre otros por Hobbes, Bentham y Mill, no contradice realmente la afirmación de Locke en el sentido de que “donde no hay derecho no hay libertad” (*Two Treatises of Government*, cap. VI, secc. 27). Es diferente, ya porque enfrentaban un problema diferente, ya porque se referían al caso en que el derecho es injusto (pero en tal caso tal denegación completa el sentido de la tesis de la libertad ante la ley). Véase nota 19.

(74) *Filosofía della practica*, Bari, 1909, 4 ed., 1932, p. 333.

(75) Véase *L'esprit des lois*, libro XXVI, cap. XX: “La libertad consiste principalmente en no estar compelido a hacer algo que no es prescripto Por la ley: y nos encontramos en esta situación solamente cuando nos gobiernan leyes civiles. Por consiguiente, somos libres porque vivimos bajo leyes civiles”.

(76) Los griegos no tenían un Verdadero equivalente del término latino *ius*. Las palabras griegas *diké* y *dikaíosúne* expresan la idea moral, pero no la idea legal de justicia; esto significa que no son equivalentes a *iustum* (justo) que deriva de *ius*. Sobre los significados y la etimología de *ius*, así como del término *directum* (del cual derivan el italiano *diritto*, el francés *droit*, el español *derecho*, etc., que no son lo mismo que el inglés *right*, ya que este último es un nombre concreto y/o apreciativo, mientras que los primeros conceptos son nombres abstractos y neutros que indican el sistema legal como un todo). véanse Felice Battaglia, “Alcune osservazioni sulla struttura e sulla funzione del diritto” en *Rivista di diritto civile*, III, 1955, esp. pp. 509-13; y W. Cesarini Sforza, ‘*Ius*’ e ‘*directum*’, *Note sull’origine storioa dell’idea di diritto*, Bolonia, 1930. Desde un punto de vista estrictamente glotológico el origen de *ius* no es muy claro. Señalemos tan sólo que las asociaciones de *ius* con *iubeo* (ordenar), *iuvo* (beneficiar), *iungo* (ligar) y *iustum* (justo) aparecen en una etapa relativamente tardía. Véase G. Devoto, “*Ius-Di lá dalla grammatica*”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1943, pp. 414-18.

(77) Ésta es, por supuesto, una generalización muy superficial. Para un análisis más detallado aunque rápido véase el estudio de C. J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, 1958.

(78) Como puede deducirse del Contexto total de este ensayo, empleo el término “constitución” a la luz de su *telos* y *raison d’être* políticos y, por lo tanto, en la perspectiva que concibe el derecho constitucional -como decía Mirkiné Guetzévitch- como una “técnica de la libertad” (véase *Nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1931, pp.81 y ss.) y define una constitución como “el proceso por el cual la acción gubernamental se limita efectivamente” (C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, p. 131). Para una mejor comprensión del otro sentido, más bien indefinido, de constitución (pero difícilmente de “constitucionalismo” considerado como un cuerpo de doctrina relacionado con la función constitucional), véase la nota 81.

(79) Me refiero, por supuesto, al significado original: *Rechtsstaat* como sinónimo de *garantisme* constitucional (véase nota 23). Si el concepto de estado de derecho se concibe en términos estrictamente formales, se convierte -como Renato Treves observa con razón- en pura tautología: “Si empezamos con la preconcepción de que nuestro punto de vista debe ser exclusivamente jurídico, ¿sobre qué otra base podría fundarse el estado de derecho como no fuera en el derecho? ¿Y qué significado tiene decir que el estado debe encontrar sus límites en el derecho, dado que siempre el derecho es en sí un límite y una posición de derechos y deberes que se corresponden recíprocamente?” (R. Treves, “*Statto di diritto e stati totalitari*”, en *Studi in onore di G. M. De Francesco*, Milán, 1957, p. 61).

(80) Es bien sabido que para Kelsen cualquier estado es por definición un Rechtsstaat, ya que de acuerdo con “la pura doctrina del derecho” toda actividad estatal es por definición una actividad jurídica que da origen a “un orden” al que sólo se puede considerar como jurídico. Véase su *General Theory of Law and State*, passim.

(81) Es decir, sencillamente para designar cualquier “forma política” o, mejor dicho, cualquier modo de “dar forma” a un estado, cualquiera que sea. Este vago significado del término constitución tiene precedentes (por ejemplo, los traductores de Aristóteles tradujeron erróneamente *politeía* por “constitución”, pues *politeía* es el sistema ético-político considerado como un todo, no su ley superior). Sin embargo, hoy he encontrado una justificación técnica en la definición formal del derecho, que consagra, quiérase o no, la existencia de lo que Loewenstein denomina “constituciones semánticas”, así llamadas Porque “su realidad no es nada más que la formalización de la posición existente del poder político en beneficio exclusivo de los que tienen realmente el poder” (*Political Power and Government Process*, p. 149). Entiendo que (véase “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *American Political Science Review*, diciembre 1962) el empleo omnímodo y puramente formal de “constitución” es un injustificable abuso del concepto.

(82) Digo “constitucionalismo liberal” en vez de “constitucionalismo democrático”, como se inclinan a decir los autores norteamericanos, a causa del peculiar significado que ha adquirido la palabra “liberal” en Estados Unidos. La última denominación, sin embargo, tiene dos desventajas: una, que es históricamente inexacta, ya que resulta difícil comprender en qué sentido el constitucionalismo inglés pertenece a la órbita del desarrollo de la idea de democracia; la otra, que es confusa en términos del actual debate constitucional, puesto que el componente democrático de nuestro sistema tiende en nuestros días a erosionar las constituciones liberales.

(83) Véase Charles H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, 1940, cap. IV. *Jurisdictio* y *gubernaculum* era la terminología usada por Bracton hacia mediados del siglo XIII.

(84) Bruno Leoni ha señalado particularmente este malentendido, en *Freedom and the Law*, esp. cap. III.

(85) *Ibidem*, pp. 147-49.

(86) Véase T. R. Adam, en *Aspects of Human Equality*, p. 176.

(87) B. Leoni, op. cit., p. 79.

(88) Véase A. Passerin d’Entrèves, *Dottrina dello stato*, Turín, 1959, pp. 170-71.

(89) Entre las pocas excepciones notables véase *The Public Philosophy*, de Walter Lippmann, Boston, 1955, p. 179, y Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, que concluye con esta pertinente declaración: “Si la historia de nuestro pasado constitucional enseña algo, parece indicar que las mutuas sospechas de reformadores y constitucionalistas [...] deben haber terminado” (p. 148). En la misma línea de pensamiento, es decir, en defensa de los argumentos en favor de un constitucionalismo *garantiste*, véase también Giuseppe Maranini, *Miti e realtà della democrazia*.

(90) Véase Harold Laski, que tenía razón en repetir una antigua pero de ningún modo anticuada verdad: “La libertad [...] es un producto de los derechos [...] Sin derechos no puede haber libertad, porque sin derechos los hombres están sujetos a un derecho desvinculado de las necesidades de la personalidad” (*A Grammar of Politics*, p. 142).