

La interpretación de la ley. Del estado liberal al estado constitucional.

Alfredo Abou-Hassan F¹

“La finalidad de la ley está en impedir el reinado de la injusticia.”
Frédéric Bastiat

Resumen.

El abordaje que se hace involucra los grandes temas asociados a la libertad individual, entendida desde el punto de vista de las tesis liberales. Lo que se desea hacer en las líneas siguientes es tocar los mismos temas, desde el punto de vista de la Ley, criticando en forma general la comprensión estrictamente liberal (y por tanto iusnaturalista) de esos temas, para tratar de proponer la manera en que debe tratar de comprenderse las relaciones individuales frente al Derecho y la Ley, examinando por último los problemas asociados a la comprensión que modernamente se viene haciendo del Derecho y de los Derechos Fundamentales en las constituciones desde el neoconstitucionalismo, y su repercusión en los derechos individuales.

Palabras Clave: Liberalismo, Libertad Individual, El Derecho y la Ley, neoconstitucionalismo, Derechos Individuales.

Abstract.

The approach that is made involves the great issues associated with individual freedom, understood from the point of view of liberal theses. What we want to do in the following lines is to address the same issues, from the point of view of the Law, criticizing in a general way the strictly liberal (and therefore natural law) understanding of these issues, to try to address the way in which that individual relations in relation to Law and the Law must be understood, to finally examine the problems associated with the modern understanding of Law and Fundamental Rights in constitutions since neo-constitutionalism, and its impact on rights individual.

Keywords: Liberalism, Individual Liberty, Law and Law, neo-constitutionalism, Individual Rights.

¹ Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello en Pregrado de la Cátedra de Teoría General de la Prueba, y en Postgrado de las Cátedras de Potestad Jurisdiccional, Procedimiento Oral, Teoría General de los Recursos, y Proceso y Principios Procesales.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN²

La libertad del individuo está concebida no solo como un derecho natural reconocido por las tesis iusnaturalistas, sino además como un derecho positivizado.

De donde su afectación por restricciones impuestas por el orden social, que llamamos relaciones colectivas regidas por la Ley, puede afectar el concepto en forma aparentemente drástica. Se es libre o no se es libre, pareciera el paradigma a ser examinado. De otra forma, “El simple hecho de vivir en sociedad impone a cada uno una cierta línea de conducta hacia los demás.”³

Ahora bien, lo cierto del caso es que el estado de libertad absoluta es utópico, pero no solo eso, sino además potencialmente inconveniente, dado que no es cierto que los seres humanos son libres desde su nacimiento, que están ungidos con esa condición “natural” (iusnaturalista), pues los hombres no son libres para escoger cuando nacer ni donde nacer (siquiera escogen nacer), ni lo son luego, entre otras cosas, pues las aspiraciones del resto de los individuos del grupo pueden llegar a influenciar en la libertad ajena, y no en un sentido estrictamente limitativo de libertades, pero siendo limitadas las oportunidades, cada quien las querrá para sí, y esto trae problemas, y surge necesariamente desde el momento en que se conforma un grupo de individuos.

Ahora, lo que se pretende analizar es particularmente como la Ley protege y a la vez “limita” la libertad individual, “natural” de los hombres, de manera que la convivencia se haga coherente con la finalidad superior, la mayor cantidad de libertad posible. En este sentido tenemos que:

En primer lugar, no debemos creer, en absoluto, que un daño cualquiera, o el temor de que se produzca, a los intereses de los demás, pueda siempre justificar la intervención de la sociedad, ya que sólo es justificable en determinados casos. Muchas veces sucede que, al perseguir un individuo un objeto legítimo, causa necesariamente, y en consecuencia legítimamente, daño o dolor a otros individuos, o intercepta un bien que ellos, con motivo, esperaban recibir. Tales oposiciones de intereses entre los individuos

² Este Trabajo fue presentado como trabajo para la cátedra de Doctorado: Teoría Profundizada del Derecho, impartida por la Profesora Doctora Andrea Rondón; y algunas de las opiniones contenida en él forman parte de otro de menor cabida presentado, como trabajo final, en el Seminario Doctoral: Libertad individual y sus implicaciones, UCAB, abril-julio 2018, impartido por el Profesor Doctor Antonio Canova G.

³ STUART MILL, John. Sobre la libertad. On liberty. 1859. Traducción del inglés por JOSEFA SAINZ PULIDO. Pág. 88.

provienen a menudo de malas instituciones, pero son inevitables en tanto que esas instituciones duren y algunas lo serían, incluso, con toda clase de instituciones. Cualquiera que tenga éxito en una profesión muy concurrida o en un concurso; cualquiera que sea preferido a otro en algo que deseaban dos personas a la vez, se beneficia de la pérdida y de los esfuerzos frustrados y la decepción que otros sufren. Pero es cosa admitida por todos, que vale más, en interés general de la humanidad, que los hombres persigan sus objetivos sin dejarse desviar por tal suerte de consecuencias. En otros términos: la sociedad no reconoce a los competidores rechazados ningún derecho legal o moral a quedar exentos de esta clase de sufrimientos; y sólo se siente llamada a intervenir cuando los medios empleados para lograr el éxito son contrarios a los que el interés general permite, es decir, el fraude o la traición, y la violencia.⁴

El primer problema es que la libertad individual, se presenta para los liberales absolutos como un don de Dios, básicamente como cualquier atributo “natural”, y eso es esencialmente una traba para entender un mundo regulado. La propiedad, la libertad, y el libre mercado, son temas que pese a surgir “naturalmente”, requieren de regulación y someterse (en el buen sentido) a regulaciones positivas que aseguren su verdadero disfrute, y más allá, su verdadero disfrute por la mayor cantidad de personas posible, sin que ninguna mayoría pueda limitarla, y teniendo claro que toda mayoría debe protegerla y potenciarla.

Creo que la única manera de examinar, entender, y desarrollar la libertad individual no es exclusivamente desde el punto de vista de los postulados clásicos del liberalismo, pues puede perfectamente examinarse, entenderse y desarrollarse, y protegerse -que es lo más importante-, desde el punto de vista de la Ley (en el sentido más amplio), es el imperio de la Ley entendido en los Estados modernos, lo que nos lleva a postular un avance en el examen de la libertad individual desde el punto de vista del Estado Constitucional de Derecho.

1. LA CONCEPCIÓN DE LA LEY EN EL PENSAMIENTO LIBERAL

a. Ideas iusnaturalistas del Derecho

La idea general es que la Ley es una limitación a la actuación de los individuos, y por eso, el pensamiento liberal reacciona contra ella. Lo mismo que contra el Derecho, y así, se postula que la Ley debe ser mínima, y la intervención del Derecho en las relaciones individuales debe ser igualmente mínima, y solamente para garantizar la libertad del individuo de manera que

⁴ STUART MILL, John. Ob. Cit.

sus intereses y derechos no se vean impedidos ni perjudicados por la actuación de ningún otro sujeto, incluyendo- especialmente- al Estado.

Para las tesis liberales el Derecho “surge” como algo espontáneo, de lo que todos los individuos tienen noción, pues en definitivas cuentas, emana de ellos, de sus actuaciones e intercambios, es un Derecho Libre, así:

Y ese derecho libre, vuelto inesperadamente del olvido a la teoría jurídica, en el acto de muestra por lo menos de igual condición de poder o influencia que el estatal. Sobre todo le aventaja por el hecho sencillo de que el pueblo conoce el derecho libre, mientras que desconoce el derecho estatal, a no ser que este último coincida con el primero, lo que afortunadamente ocurre con frecuencia.⁵

Los temas que soportan el pensamiento liberal, como la libertad, el poder como limitación a la libertad, la igualdad entendida como inversamente proporcional a la libertad individual, los factores que permiten conseguir la libertad (la propiedad), el libre mercado (libertad de relaciones individuales) y los factores que permiten ejercer control sobre los individuos (ejercicio del poder por parte del Estado), tienen una visión iusnaturalista y nuestro postulado es que estos temas no surgen naturalmente, la libertad concebida como un Derecho, incluso como Derecho Natural, no existe, ni es realizable, si no se regula, y sobre todo, si no se garantiza por mecanismos especiales, que la hagan real.

Pensamos que esto es así, pues la libertad que podemos disfrutar, la que se verifica en la realidad, es una libertad que debe considerar y tener muy en cuenta las relaciones sociales, en el sentido que el individuo y su libertad tienen que convivir con otros individuos igualmente libres -y con el Estado-, quienes tienen la idea de tener cada vez más capacidades, propiedades y libertades, cada vez más grandes que las del resto de sus pares.

Lo que debemos todos tener garantizado es que el poder no se nos imponga de manera ilegítima, bien provenga del Estado (gran acumulador de poder) o de los propios particulares ejerciendo sus propias libertades. En este sentido, notamos que la libertad que interesa para las tesis liberales es la libertad negativa (protectora de la libertad individual), y no el

⁵ VALLET, J. Metodología de la determinación del derecho. Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces. 1994. Citado por MEJIAS ARNAL, Luis Aquiles. La determinación del Derecho. Abeditores. 2018. Pág. 102.

resultado que se produzca en las relaciones sociales, que garantice que en la práctica, en la realidad, el mayor número de individuos tenga libertad y que efectivamente pueda ejercitarla, en cada uno de los planos de su interés.

En el sentido anotado nos parece interesante lo planteado por Giovanni Sartori, La libertad y la ley⁶, cuando refiere:

La fórmula “ausencia de impedimentos externos”, 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.

a. La libertad y la Ley

La concepción liberal de libertad surge como una tesis que consideramos reactiva, es decir, como rebeldía ante el poder autoritario existente en un momento dado de la historia. Es por esa condición particular, que surge como una consecuencia de una realidad histórica determinada, en función de la cual debe ser examinada⁷. Lo que nos lleva a pensar si es adecuado seguir postulando los principios liberales fuera del contexto particular, o evadiendo las realidades actuales, o si es necesario delinear nuevas maneras de abordar la comprensión

⁶ SARTORI, Giovanni. *La libertad y la ley*. Traducido de *The Politicization of Society*, Kenneth S. Templeton, Jr. ed., Indianápolis, Liberty Press, 1979. Derechos cedidos por el autor. Tomado de http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/45_1_Sartori.pdf.

⁷ HAYEK, Friedrich A. Los fundamentos de la Libertad. Págs. 213 y ss. “*La libertad individual surgió inicialmente -y así es probable que ocurra siempre- como consecuencia de la lucha por el poder, más bien que como el fruto de un deliberado plan.*”

de esos mismos postulados o agregar unos nuevos que permitan un mejor acoplamiento a las realidades históricas actuales.

Como se anotara anteriormente, lo realmente importante es que el poder no se nos imponga de manera ilegítima, provenga de quien provenga. Y en los casos en que esto pueda llegar a suceder, lo que importa es que los individuos cuenten con herramientas efectivas que permitan asegurar que nadie pueda imponerse a sus derechos individuales o afectarlos, permitiéndoles defenderse, reestableciendo su estado de libertad individual.

En este sentido, lo que se quiere es lograr la tan anhelada libertad, de manera que, en ciertos casos los sujetos queden habilitados para ejercer presión o coacción, para lograr la finalidad de ser ralmente libres. En este sentido Andrea Rondón García⁸, comenta:

Tal es la magnitud que Kant le confiere a la libertad que la “coacción”, nota propia e identificatoria del Derecho, se legitima porque tiene por fin eliminar los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad del individuo. Así, para este autor resulta congruente con la libertad la existencia de la coacción en la medida en que ésta es un obstáculo frente a lo que entorpece la libertad, por lo tanto la coacción, en estos términos, es conforme a Derecho.

Hoy en día la libertad es entendida por el Liberalismo como la eliminación de obstáculos arbitrarios, injustificados, a los esfuerzos individuales, pero sin eliminar la coacción del Estado y la posibilidad de que este preste ciertos servicios concretos a las personas menos favorecida.

A este respecto, la Ley surge como garantía de actuación legítima de los particulares y del propio Estado (como un sujeto más), que debe proteger la libertad de los individuos, vistos como unidad y colectivamente, frente al ejercicio arbitrario –ilegítimo- del poder, que puede provenir tanto de los individuos como del Estado, y la Ley está para impedir que eso ocurra.

Hayek, plantea el tema de la Ley como mampara, o escudo, al examinar la isonomía griega, y posteriormente romana. Así, al referirse a Aristóteles, indica que:

En su Política subraya que *«es más propio que la ley gobierne que el que lo haga cualquier ciudadano»*; que las personas que disfrutaran del supremo poder *«deben ser nombradas sólo como guardianes y sirvientes de la ley»*, y que *«quien sitúa el*

⁸ RONDÓN GARCÍA, Andrea. Propiedad privada y Estado de Derecho: garantías fundamentales de la actividad económica del empresario (Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Ciencias, mención Derecho). UCV.

supremo poder en la mente lo hace en Dios y en las leyes». Aristóteles condena la clase de gobierno en que «el pueblo impera y no la ley»⁹

Completa el argumento Hayek, citando la Retórica de Aristóteles, al señalar:

...tendremos ciertamente una declaración bastante completa sobre el ideal del gobierno de la ley: «Es de la máxima importancia que leyes bien inspiradas definan todos los puntos que puedan, dejando los menos posibles a la resolución de los jueces, pues la decisión del legislador no es particular, sino general y previsora, mientras que los miembros de la Asamblea y del jurado centran su deber en solucionar adecuadamente los casos determinados que se les plantean.»¹⁰

Como se advierte de lo apuntado por el autor en sus citas, no se trata de una herramienta divina ni humana, sino de una correctamente diseñada por todos, para que ni los hombres ni el Estado que los gobierna, pueda imponerse a los individuos, pues la Ley es la garantía real del hombre libre.

J. Locke plantea el problema señalando que lo relevante no es quien ejerza el poder, sino que este no se ejerza en forma arbitraria¹¹.

Pero indiscutiblemente, una fuente de arbitrariedad –especialmente, diría yo- es quien crea la Ley. Se señala que el contenido de la Ley (propriadamente dicho) esta desprovisto de una finalidad específica, y que debe por tanto, ser general y abstracta. Entiendo que esta visión, está referida a evitar que sea el Estado el que “imponga” la Ley para alcanzar sus finalidades puntuales o para organizar la intervención de la sociedad o de los individuos, surge la idea de “mandato”.

De otra parte, tenemos que lo realmente determinante no es el órgano que dicta la Ley, sino que esta sea el reflejo de las voluntades coordinadas de la sociedad que va a regular, y sí creo que esa voluntad general es reflejo de necesidades puntuales, por lo que sí entran en juego

⁹ Hayek, Friedrich A. Ob. Cit. Págs. 213 y ss.

¹⁰ Hayek, Friedrich A. Ob. Cit. Págs. 213 y ss.

¹¹ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Alianza Editorial. Pág. 9, refiere: « Por lo tanto, la libertad no es lo que Sir Robert Filmer nos dice (O. A. 55): “una libertad para que cada uno haga lo que le plazca, o viva como guste, sin sujetarse a ley alguna”; sino que la libertad de los hombres en un régimen de gobierno es la de poseer una norma pública para vivir de acuerdo con ella; una norma común establecida por el poder legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad; una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma; un no estar sujetos a la inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre, del mismo modo que la libertad natural consiste en no tener más trabas que las impuestas por la ley de naturaleza.”

finalidades específicas, que son las que nutren la regulación. De otra forma, la conducta reiterada de los hombres determina qué y cómo debe estar regulada “la conducta de los hombres”, no es la Ley la que determina la conducta de los hombres; es el animus gregario, la conciencia colectiva, la que determina el contenido de la Ley, son los errores y los aciertos (y las necesidades) los que dan contenido a la Ley. En este sentido tenemos:

...en la filosofía liberal la Ley es el instrumento jurídico que las personas a través de sus representantes crean para proteger su libertad, constituir un Gobierno conforme a las normas en lugar de caprichos y a limitar la acción del Poder, de modo que no puede tener cualquier contenido y adoptar cualquier solución a los problemas sociales, so pena de dejar de ser Ley para convertirse en mera legislación, o en mandatos del Estado, que no surgen de una evolución social no planificada, sino de la voluntad ilimitada de quienes gobiernan, y por ello son contrarios a la libertad de personas cuando anulan o desconocen la autonomía de estas últimas.¹²

b. La Propiedad y la Ley

Lo primero que quiero plantear es una interrogante: ¿Qué es primero, la propiedad o la Ley?

En el liberalismo el fundamento de todo, incluso de la libertad, es la propiedad, como derecho subjetivo en el que se apoyan sus demás pilares, y especialmente la posibilidad de lograr una independencia (individualidad) suficiente que impida la dominación por el Estado o por otros individuos, ya que un individuo propietario es un sujeto de derecho al que no se le puede dominar fácilmente.

Como advertimos anteriormente, en un mundo en el que los recursos no abundan, cada individuo querrá para sí los que existan, lo que evidentemente hará que surjan problemas entre ellos a la hora de estimar quienes pueden hacerse de ellos. Esto ha originado revoluciones, rebeliones, disputas y dominación a la humanidad desde sus orígenes. Lo que nos sirve para afirmar que la propiedad es anterior a la Ley, pues incluso antes de entender bien que era la Ley, sabíamos que era la propiedad y nos peleábamos por ella.

Ahora, tener claro que es la propiedad y a quien asignarla, no significa que la misma quede a salvo, ya que ese solo hecho no salvaguarda el derecho que subyace en ella, es decir, puede

¹² RONDÓN GARCÍA, Andrea. Ob. Cit. Pág. 85

que sepamos que es propiedad, y que sepamos a quien le corresponde, pero eso no significa que podamos protegerla del deseo de otros sujetos –incluyendo el Estado- de arrebatársela, incluso invocando una mejor cualidad o razón para tenerla en lugar de nosotros.

Con esto queda expuesto mi punto, lo importante no es la propiedad, sino las garantías asociadas a ella (generalmente coactivas) que permiten su protección, pues sin esas garantías, los derechos no son más que declaraciones sin eficacia real.

Los hombres se han disputado la propiedad de las cosas desde que pusieron un pie en el mundo, y lo van a seguir haciendo hasta su último día. Si esto es cierto, y creo que la historia lo demuestra, es delicado asociar la libertad a la propiedad.

De hecho es tan peligroso, que el sometimiento de un grupo de individuos al Estado, o incluso a otros individuos, se ha visto asociado en la historia a la idea de ser o no propietario, de hecho la condición de ciudadano libre, en muchos momentos de la historia dependieron de la idea de quién podía ser propietario y quien no, lo que perpetuó el estado de dominación de los que no eran o no podían ser propietarios.

Por esto, estimo que es la garantía a ser propietario lo que debe privar, y aquí es donde la Ley juega un papel importante. No entiendo la propiedad como un derecho natural (iusnatural), pues estimo que el derecho sin la garantía (iuspositiva) que lo haga efectivo no es real. Así, discrepo de la condición natural que alguna doctrina le da¹³ viendo en las regulaciones legales un inconveniente atentatorio contra la propiedad privada.

No creo que debemos abordar el tema simplemente diciendo que la propiedad es una cualidad natural en el ser humano, pues el grado de violencia que puede desatar esa simple afirmación puede ser inconveniente, ya que implica la habilitación para que cada quien defienda su propiedad como pueda.

¹³ BASTIAT, Frédéric. La Ley. Tomado de: <http://www.hacer.org/pdf/LaLey.pdf> junio 2018 “¿Qué es, pues, la ley? Como he dicho en otra parte, la ley es la organización colectiva del derecho individual de legítima defensa. Cada uno de nosotros recibe ciertamente de la naturaleza, de Dios, el derecho a defender su personalidad, su libertad y su propiedad, puesto que estos son los tres elementos que se complementan entre sí y que no pueden comprenderse aisladamente.”

Ahora bien, no se puede sostener esta afirmación sin dejar claro que, no en pocos casos, la Ley es la herramienta con la cual se afecta la propiedad, al punto de desvestirla por completo, cuando por ejemplo establece privilegios para algunos, distribuye la que hay, en definitiva expolia¹⁴.

En razón de esto creo que la idea central debe ser proteger la propiedad incluso de las limitaciones o rigores regulatorios que puedan implantarse en la Ley, haciendo que esta última no pueda agredir el núcleo fuerte del derecho, de manera que se cumpla la finalidad de lograr mayor independencia y libertad en los individuos, para lo cual no bastan las solas regulaciones de la Ley, sino que debe haber un acuerdo superior que inspire el contenido de las Leyes dándoles un límite.

Debe entonces la propiedad estar garantizada a un nivel superior, rígido, fuerte, incontrovertible, de manera que ningún sujeto, ningún Estado, ni ninguna Ley, puedan alterar la posibilidad de llegar a ser propietario, y que una vez siéndolo, lo que es de cada quien permanezca de esa manera a voluntad de quien es su legítimo propietario. Se trata entonces de un derecho fundamental del ser humano.

La distinción que parece prudente hacer entonces es entre el **derecho a la propiedad y el derecho de propiedad**, siendo el primero más extenso y fundamental, y el segundo regulado y particular. Entendiendo que el derecho particular no puede ir contra el derecho fundamental.

Hay que aclarar que, ser propietario no es tener cosas, sino la posibilidad de hacerlo, así como las consecuencias asociadas a ello, como la libre disposición, y la libertad que implica, como poder pensar u opinar sin que nadie me diga cómo hacerlo, pues no dependo de lo que él tenga, sino de lo propio.

¹⁴ En este sentido BASTIAT, Frédéric. La Ley. Tomado de <http://www.hacer.org/pdf/LaLey.pdf>. Junio 2018, refiere: “Pero, lo más frecuente es que la ley sea hecha por un hombre o por una clase de hombres. Y siendo inoperante la ley sin sanción, sin el apoyo de una fuerza preponderante, es inevitable que en definitiva quede aquella fuerza en manos de quienes legislan. Este fenómeno inevitable, combinado con la funesta inclinación que hemos comprobado que existe en el corazón del hombre, explica la perversión casi universal de la ley. Se concibe así como, en lugar de constituir un freno contra la injusticia, se convierte en un instrumento y el más invencible instrumento de la injusticia. Se concibe que, según sea el poder legislador, destruya -en provecho propio y en grados diferentes, en cuanto al resto de los hombres- la personalidad con la esclavitud, la libertad con la opresión y la propiedad con la expoliación.”

Pero indudablemente, la posibilidad de ser propietario es una cosa, y que tan propietario soy o que tanta propiedad tengo, es algo diferente, e implica un tema de desigualdad, mérito y capacidades, que nuevamente generan problemas, pues, si sostenemos que en la medida que pueda ser propietario soy libre, tenemos entonces que, mientras menos propietario puedo ser, menos libre soy. Nuevamente, es el problema de vincular la libertad con la propiedad.

De nuevo la Ley debe intervenir, pero esta vez para “repartir”, en el sentido de que todos tengan iguales posibilidades de acceso a la oportunidad de lograr la propiedad, pero repetimos, no se trata de que el individuo tenga la condición natural de ser propietario, sino que, tiene un derecho fundamental a que nadie le impida serlo, incluso si no tiene ninguna propiedad, pues la tiene otro.

Con esto luce abiertamente injusto, quitarle al que tiene, para repartirlo entre quienes no tienen, o no tienen lo mismo (expropiación), aun cuando con esto lo que se esté buscando es que los desfavorecidos, tengan por lo menos lo que les permita llegar a tener algo (tener cubierto sus “intereses básicos”), que les de alguna libertad. Surgen así las corrientes intervencionistas (de influencia racionalista), pues generalmente el reparto viene dado por la intervención del Estado por medio de “legislaciones” o mandatos –leyes particulares– tendentes a distribuir con fundamento en criterios de equidad, que al final terminan generando, como creemos está comprobado en la historia, mayores distorsiones e injusticias en la tenencia de la propiedad, y claro, en la libertad individual.

El problema de la propiedad vinculado a la libertad, se desata en un tema entre la igualdad ante la Ley o la igualación por la Ley, o en otros términos, en libertad negativa o libertad positiva.

Al tratar de amalgamar, o de dar coherencia entre uno y otro tipo de libertad (negativa y positiva), y sus atributos implícitos, nos conseguimos que el asunto está centrado en la necesidad de determinar quién puede y cómo puede ejercer coacción entre los individuos, de manera de lograr lo que sea necesario para ellos, por su propia voluntad o por los fines que se tracen colectivamente como manera armónica de vivir. Y es aquí donde todos estamos

sometidos por igual a la Ley, y que solo bajo su imperio podemos eliminar las distorsiones que normalmente conseguimos entre los conceptos de libertad positiva y negativa.

La implicación de un orden que garantice la libertad de los individuos, sobre la base de la Ley, pasa por examinar cómo se va a crear esta. Debemos aceptar en este punto, que esto puede derivar en graves problema que llegan efectivamente a afectar –a veces negativamente- las libertades individuales, ya que cabe preguntarse cuándo la Ley es justa.

2. EL ESTADO DE DERECHO LIBERAL

Así, *legum servi sumus ut liberi esse possimus (Ciceron), “Siendo esclavos de la Ley seremos libres”.*

La proclama de un sistema gobernado por la Leyes, en lugar de los hombres, es la idea central de un esquema general y abstracto que gobierne a los ciudadanos en forma coherente, formal, permanente y preestablecidamente, de manera que cada uno sepa de antemano cuales son las reglas y los límites del juego.¹⁵

Dentro de este esquema surge nuevamente el problema de quien determinada el contenido de la Ley y bajo qué parámetros. No son solución a esto, ni la separación de poderes, ni la reserva legal, principios generadores de la certeza de que el sistema funcione bajo los parámetros de garantía de la libertad individual. Como lo pone en evidencia Hayek al comentar la evolución del sistema parlamentario inglés que pasó de concebir y desarrollar la libertad individual, como lo hiciera en el siglo XVII, a girar en pro de los ideales revolucionarios franceses, hacia una libertad más de corte político.

¹⁵ VARGAS-HERNÁNDEZ, José G. Libertad, Derechos y Estado de Derecho en la Globalización, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año II, Número 3, Primavera 2008. comenta: “*El derecho es un instrumento del Estado que constituye un sistema de incentivos y obstáculos que encausan los comportamientos en determinados cursos de acción de conformidad con los objetivos que un sistema económico y social se plantea para su proceso de desarrollo. Por lo tanto, el derecho establece los límites propios al poder estatal en el ámbito económico y su capacidad de intervención, posibilitan el diseño de los arreglos institucionales que facilitan la predictibilidad [lo que es predecible o se puede predecir] en las interacciones sociales e incentivan los comportamientos que concurren al modelo de desarrollo deseado.*” (Subrayados nuestros)

Esto tuvo un punto de inflexión en la diatriba sobre la función de creación de las Leyes por parte del parlamento, y los controles que sobre esa creación parlamentaria venían involucrados.

La idea de una norma rectora formalmente que recogiera el sentido común general, el de todos los individuos que generaran los mecanismos y reglas de protección individual, es la diatriba que se presenta entre el constitucionalismo europeo y el norteamericano.

Pero antes de entrar en ese tema, debemos hacer un paréntesis, pues resultaría impropio abordar el tema propuesto sin hacer referencia al orden espontáneo, como producto cultural, del ensayo y error, propio de las tesis liberales, ya que ellas plantean que la fuente del Derecho, más que la Ley escrita (para el civil law), es la propia conducta social, manifestada espontánea, simple y reiteradamente, esto es, la manera en que nos comportamos naturalmente frente a los hechos, que se va fortaleciendo al punto de hacerse prácticamente obligatoria, o mandatorio en las relaciones individuales.

La idea de que las organizaciones complejas, buscan un cauce natural que les permita resolver los problemas y enfrentar realidades ha sido asumida no solo por la economía, la matemática y la sociología, sino también por la Ciencia Jurídica, como la explicación que permite concebir la forma en que las conductas pasan a ser exigibles a todos los individuos (pues ellos se comportan de esa manera determinada), con el aditamento, de ser coercibles en caso de contravención injusta (nota distintiva del Derecho).

Visto así las normas deberían ser pocas, suficientemente rígidas a la vez que suficientemente flexibles, útiles para resolver el mayor número de casos posible, en definitiva, objetivas, generales y abstractas.

Casi irrefutablemente, esta idea es correcta, pero parte de una concepción iusnatural, en el sentido de que el orden viene dado por una “mano invisible” (Adam Smith), en el sentido que existe una intervención divina que lo coordina.

Ahora bien, reconociendo este orden natural en las relaciones de organizaciones complejas, lo que hacemos es analizarlo, copilarlo, y extraer de él las reglas de solución para los problemas o situaciones que debemos enfrentar, esa es la fuerza de la Ley.

Pero en ese orden natural, me parece “natural” también pensar que pasa si algún individuo quiere cambiarlo o simplemente no cumplir con él, es decir, que ocurre con las distorsiones, las anomalías, que también son parte de ese sistema natural. Por ejemplo (y reconozco que no son los mejores ejemplos), forma parte del orden natural que la mayoría se imponga a las minorías, que el fuerte al débil, que los recursos son escasos y cada individuo los quiere para sí. Esto es orden natural también.¹⁶

Pero en todo caso, ese orden natural es la génesis de la Ley, y en nuestro postulado, es la génesis de las normas fundamentales, en el entendido que ellas son el resultado de que el grupo humano entiende y concibe las reglas que deben seguirse para obtener el deseado orden social y paz colectiva, al mismo tiempo que permita a los individuos trazar y lograr su plan de vida, de manera de asegurar su supervivencia y estabilidad en el grupo y sus relaciones con el grupo y sus adláteres.

Entonces, estimamos que la Ley es adecuada, y por tanto, obligatoria para todos, porque está legitimada o tiene aceptabilidad por parte de los individuos a los cuales va destinada, pero no considerados uno por uno, sino en forma colectiva, donde impera no la voluntad de la mayoría sino la voluntad general, en los términos propuestos por Rousseau, pero claro, esto trae enorme cantidad de objeciones, en el sentido que no es aceptable para el pensamiento liberal forzar a nadie a ser libre¹⁷, aunque, el compendio de normas (expresión de la voluntad general) sería producto de la voluntad de ellos mismos obligándolos a hacer lo que les

¹⁶ Entiendo y estoy consciente que esta fue la crítica recibida por A. Smith; y que Hayek repudia cuando se descalifica la tesis del orden espontáneo llamándolo Darwinismo Social, pero hay que hacer la referencia, ya que sigue siendo la nota discordante de la teoría planteada por ellos.

¹⁷ Berlín, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pág. 43-114, citado por Diab, María Fernanda. ROUSSEAU: “El fundamento igualitarista y la noción de libertad en el pasaje de “forzar al hombre a ser libre” Tomado de: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XI/1.pdf>. junio 2018. refiere:

Però lo que hace que este tipo de lenguaje resulte convincente es que reconocemos que es posible, y a veces justificable, coaccionar a determinados hombres en nombre de algún fin (digamos, por ejemplo, la salud pública o la justicia), fin que ellos mismos buscarían si fueran más cultos, pero que no lo hacen por ceguera, ignorancia o corrupción. Esto facilita que me pueda concebir coaccionando a los demás por su bien, en su propio interés, no en el mío.”

conviene, en definitiva lo que siempre han hecho o siempre hacen, como algo superior al individuo mismo, pero claro, ¿quién determina que es lo que nos conviene?¹⁸.

Pero es rescatable del planteamiento rousseuniano la idea de un mecanismo que permitiera inmutabilidad y perpetuidad en la Ley, que pasará por un orden general que protegiera el estado de Leyes existente, sobre la base de valores firmes y fijos, y no de los vaivenes de lo que las mayorías (caprichosas) pudieran imponer.

Se trata de una estructura sistemática, ordenada y jerárquica, que permita comprender la mejor manera de proteger reglas invariables que deben ser el enfoque del sistema integrado, donde entre nosotros esa óptica la dan las Constituciones, y los derechos fundamentales, entre los cuales uno de los privilegiados, que debe ser siempre protegido, es la libertad de los individuos. Así:

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.¹⁹

Por eso, nos parece siempre inconveniente que exista un desafuero de las expectativas individuales más allá de la simple libertad negativa, como libertad protectora contra agresiones externas a la esfera individual, y es la razón por la que no logro el convencimiento pleno de la prevalencia de los intereses individuales sin limitación objetiva representada en el imperio de la Ley. En este sentido me parece interesante la opinión de María Fernanda Diab, en un trabajo *ROUSSEAU*: “El fundamento igualitarista y la noción de libertad en el pasaje de “forzar al hombre a ser libre”, donde refiere lo siguiente:

Rempel destaca que para Rousseau uno de los peores males en los que el hombre puede caer es la dominación y la dependencia de otros individuos o clase de individuos, y la protección de este mal es uno de los objetos más importantes a los

¹⁸ Lo que ocurre en materia del derecho laboral, y las restricciones que pueden llegar a sufrir los trabajadores, cuando no se les permite disponer de sus derechos, pues la “ley” entiende que deben ser protegidos incluso de ellos mismos. Y esto se puede replicar en innumerables situaciones, y al final entraremos en un estado de dominación, esta vez producto de la Ley. Ahora, si atendemos que el orden debe venir establecido por una regulación superior y que sirva de marco, este tipo de regulaciones legales, debe ser estimada ilegítima, desde el momento en que la norma marco tiene que partir del principio de no dominación, en el sentido de que toda interferencia en el ámbito personal del individuo debe ser tendente, sobre todas las cosas, a garantizar la mayor libertad posible.

¹⁹ Sartori, Giovanni. Ob. Cit.

cuales la voluntad general dirige sus esfuerzos. Aquí llegamos al centro del asunto: para que la voluntad general pueda alcanzar este objetivo tiene que forzar a cualquiera que pretenda rehusar a la voluntad general. Si a alguien se le permite continuar con la injusticia de perseguir sus intereses privados a expensas de los intereses generales, los resultados en lo personal no serán tan malos. Pero podría sentar un precedente por el cual rápidamente otros seguirán su ejemplo y muy pronto no habrá voluntad general, que constituye el cemento de la persona moral (colectiva). De esta forma sólo quedaría una suma de voluntades privadas y los más débiles muy pronto caerían bajo la dominación de los más fuertes.²⁰

Se trata de garantizar el imperio de Ley, dándole un origen superior, y límites concretos, se trata de una nueva dimensión de derechos coordinados inviolables y determinantes del sistema de leyes.

En el sentido anteriormente expuesto tenemos que Antonio Canova G., en su artículo *Tutela judicial efectiva, contencioso administrativo y Sala Constitucional*, refiere al respecto que:

Estos valores fundamentales, que pretenden asegurar una determinada esfera de interés vital relacionada con la dignidad de la persona, se articulan, de un lado, como verdaderos derechos subjetivos de los particulares contra el Estado, según se entiende tradicionalmente, aunque también contra otros particulares; y, de otro, como un elemento objetivo o institucional que busca la efectividad del ejercicio de aquel poder jurídico reconocido al individuo, al tiempo que establecer una serie de condiciones jurídicas y organizativas que lo complementan desde una visión colectiva o social de carácter ordenada... (Omissis)

Estos ámbitos de la dignidad de la persona, esenciales para el desarrollo de la personalidad y de la misma forma terminantes en la actuación pública, pueden clasificarse en un plano netamente académico, avalado además por la transición histórica del Estado Liberal al de Bienestar, desde dos perspectivas: derechos de libertad, frente a los cuales el Estado (y, en fin, todos los individuos) tiene la obligación de abstención para la plena realización de los mismos; y derechos de prestación o igualdad, que suponen una prestación o acción positiva del Poder Público para crear las condiciones de su vigencia.

Tanto uno como otro tipo de derechos y libertades fundamentales se aplican directamente a todos los poderes públicos, incluso al constituyente. De modo que en su actuar, como se ha dicho, no sólo se ven comprometidos a respetarlos a cabalidad y a adecuar las condiciones para que puedan realmente ser efectivos, sino que, de no cumplir con tales deberes, quedan sujetos a ser condenados por los órganos jurisdiccionales encargados de velar por su incolumidad. Se habla, entonces, que los derechos fundamentales tienen por nota característica su aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas.

²⁰ Diab, María Fernanda. ROUSSEAU: “El fundamento igualitarista y la noción de libertad en el pasaje de “forzar al hombre a ser libre” Tomado de: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XI/1.pdf>. junio 2018.

No obstante la veracidad de lo anterior, quizás el elemento clave en la conceptualización de los derechos fundamentales reside en que, por su peso para el individuo y para el Estado, son apreciados como “inviolables”. Nota que se hace valer especialmente ante el legislador, que si bien es el único habilitado, como representante de la soberanía popular, para regular su ejercicio, está forzado en todo momento a respetar el núcleo del derecho como tal o, según los términos de la Constitución española, el contenido esencial de cada uno de ellos.²¹

Destacamos de lo expresado por el Profesor Canova, el que descifra el tema de la libertad, y lo convierte en “dignidad humana” como “esfera de interés vital” que consagra “derechos subjetivos de los particulares contra el Estado”, y “contra otros particulares”, pero no solo desde el punto de vista de protección, sino incluso más allá, como un factor de coherencia social, que permita la dignidad individual “al tiempo que establece(r) una serie de condiciones jurídicas y organizativas que lo complementan desde una visión colectiva o social de carácter ordenada”.

La idea central es que los límites que se impongan desde el punto de vista social a los individuos no pueden afectar el núcleo duro del derecho fundamental (libertad) que debe protegerse, esto es, sin que se produzcan menoscabos en los derechos de los demás individuos, debiéndose, en todo caso, mantenerse la neutralidad en las actuaciones del Estado, preferentemente.

El itinerario argumental que sigue LAPORTA en su reivindicación del literalismo formalista es bien conocido. El imperio de la ley, como ideal, tendría su fundamento en el valor de la autonomía. **Pero la autonomía personal, la capacidad de trazar y seguir planes de vida, no es posible sin expectativas sólidas acerca de la conducta de los demás (incluidas sus reacciones a nuestras conductas)**, así que la autonomía requiere predecibilidad. Y lo que hace posible la predecibilidad es la existencia de normas y singularmente de normas jurídicas, pero no de cualquier tipo, ni interpretadas y aplicadas de cualquier modo.²²

²¹ CANOVA G, Antonio. Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional. Revista de Derecho Administrativo, N° 7, Septiembre-Diciembre 1999.

²² MARCILLA CÓRDOBA, Gema. La noción de imperio de la ley en Francisco Laporta y Liborio Hierro Universidad de Castilla-La Mancha. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Edición Especial: Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro # 43.

a. Crisis del Derecho²³.

Se ha configurado como opinión más o menos general, que el Derecho (y la Ley como consecuencia) está sufriendo de un tiempo a esta fecha una crisis, no solo en lo que se refiere a su producción sino incluso a su aplicación.

Estimo que esta opinión para el liberalismo se ha advertido desde hace un poco más de tiempo, que entre otras corrientes del pensamiento. Básicamente la idea de que la actuación de la Ley tiende a expoliar (Bastiat, F.), es una idea frecuente entre los liberales. En tal sentido tenemos:

Pero vayamos a la parte importante de mi argumentación: la libertad individual en todos los países occidentales se ha ido reduciendo gradualmente en el último siglo, no sólo, o no principalmente, por abusos y usurpaciones de funcionarios que actúan contra la ley, sino también porque la ley, a saber, el derecho escrito, capacitaba a los funcionarios para comportarse de una manera que, según la ley anterior, hubiera sido juzgada como una usurpación de poder y un abuso sobre la libertad individual de los ciudadanos.

Esto lo demuestra claramente, por ejemplo, la historia del llamado «derecho administrativo» inglés, que se puede resumir como una sucesión de delegaciones estatutarias de los poderes legislativos y judiciales a los funcionarios ejecutivos. El destino de la libertad individual en Occidente depende principalmente de este proceso «administrativo». Pero no debemos olvidar que el proceso en sí mismo, sin tener en cuenta los casos de cabal usurpación (que probablemente no son tan importantes y numerosos como imaginamos), se ha hecho posible por la legislación.

Estoy completamente de acuerdo con algunos autores contemporáneos, como el profesor Hayek, que desconfían de los funcionarios ejecutivos, pero piensan que las personas que preconizan la libertad individual deberían desconfiar aún más de los legisladores, ya que precisamente es a través de la legislación como se ha conseguido, y aún sigue consiguiéndose, el aumento de los poderes (incluso los «poderes absolutos») de los funcionarios.²⁴

La Ley vista de esta forma –exclusivamente de esta forma-, podría dar lugar a sospechas y desconfianza, pero, no creo que sea justo hoy juzgarla solo por el hecho, cierto, que puede dársele ese uso, como en efecto ha ocurrido.

²³ Parte de lo indicado es parte de un ensayo presentado, como trabajo final, en el Seminario Doctoral: Estudio profundizado de la sentencia, UCAB, enero-marzo 2018, impartido por el Profesor Doctor Ramón Escovar León.

²⁴ LEONI, Bruno. La libertad y la ley. Liberty Fund Tomado de: <http://biblioteca.libertyfund.org/sites/default/files/la-libertad-y-la-ley-libro-electronico.pdf>. julio 2018

Además, efectivamente Estados socialistas, emplean la Ley como instrumento de igualación, lo que indudablemente le hace producir un resultado pernicioso a los efectos de la libertad individual. Pero es que esto es producto de la propia deformación dentro del liberalismo y sus corrientes de interpretación legal, pues llegaron a identificar la legitimidad de la Ley con el órgano que la emitía, olvidando lo que era en su origen, solo la forma de actuar de las personas reconocida por el parlamento. Lo que produjo que los “propietarios”, que en definitiva designaban a los legisladores, pasaran a imponer su voluntad por intermedio de la Ley, con la característica coactiva que esto implicaba. Lo que llevo en definitiva a tener a la Ley como un fin en sí mismo. Lo que luego y con la entrada de la búsqueda de la igualdad material por parte de los Estados socialista, terminó configurando una hipertrofia legislativa en todos los campos, que como ya se advirtió, produce como consecuencia colateral la limitación de las libertades individuales, e incluso degenerar -no en pocas ocasiones- en condiciones de totalitarismo.

Debemos aceptar que se ha producido una hipertrofia legislativa, pretendiéndose legislar cada vez más sobre distinto tipos de temas, lo que hace del Derecho –como concepto más general- algo casi incomprensible, o por lo menos cada vez más difícil de manejar, cuando la tendencia debería ser a que cada vez existan leyes más y más concentradas sobre temas generales, y que los temas centrales y las garantías de los Derechos se encuentren en normas universales que sean la verdadera garantía de funcionamiento, y control legal, no solo para la creación de la Legislación, sino para su interpretación.

Por eso, el postulado que reacciona en alguna medida contra este estado de crisis, y las consecuencias negativas que pueden desprenderse de él, no es otra cosa que la comprensión de una norma superior que recoja los valores y actuación fundamental de los individuos y se alce como garantía de sus derechos individuales, a la vez que procura conjugarlos con los fines del colectivo.

El Estado constitucional, tal y como lo hemos esbozado, goza de algunas particularidades y comporta algunos efectos que permiten identificarlo y, si se quiere, entenderlo. Vale la pena ahondar un poco en ellas para entender cómo uno de los principales efectos de aceptar la idea de un Estado constitucional tiene que ver con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo cual no es más que un proceso de

permeabilización de la actividad de todos los actores sociales, políticos, jurídicos y culturales a los principios y las reglas de la Constitución.²⁵

El planteamiento aquí, es del tipo de nuevo orden, el que las constituciones pasen a ser el crisol de **comprensión** del sistema de leyes, de manera que sean inmunes a los caprichos de quienes ejercen el poder (particulares o el Estado) de manera que todos los individuos estén amparados en sus derechos con carácter de objetividad, abstracción y generalidad.

Por esto, es importante destacar el poder vinculante que ejerce la Constitución con relación al resto del sistema, así:

...el reconocimiento del poder vinculante de la Constitución alude a que más allá de su contenido o de la forma en que se encuentra redactada, la Constitución en su carácter de norma superior condiciona la labor de las autoridades públicas y de los particulares, sin necesidad de norma alguna adicional que así lo prescriba. La aplicación directa de la Constitución es presupuesto de este poder vinculante, lo que no excluye que los operadores jurídicos encargados de aplicarla deban esforzarse por hacer una interpretación razonable, un desarrollo legal y una ejecución presupuestal que permitan concretar los valores, principios y derechos que consagra en la mayor medida posible. La convicción que exista sobre este punto, depende en gran medida de la manera como el garante jurisdiccional o guardián de la Constitución cumpla con su misión.²⁶

Pero es en este punto en el cual surge el riesgo, el gran riesgo, en el sentido de la interpretación que se dé a la norma fundamental, quien haga esa interpretación y cómo la haga, puede llegar a desmontar por completo las garantías asociadas al sistema constitucional, como ha pasado en Venezuela en lo que va del siglo veintiuno, producto de interpretaciones sesgadas y convenientes a la esfera estatal, tendentes no a garantizar los derechos, sino a cumplir una función moralizante a partir del Derecho, con un contenido claramente ideológico, que viene a deformar las virtudes del sistema.

En resumen, aun cuando parece un buen postulado para equilibrar el sistema, y hacerlo producir coherentemente beneficios para todos y garantizar las mayores libertades, tenemos

²⁵ LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. Del Estado liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. ISSN 0120-8942, Año 23 - Núm. 18 - 247-267 - Chía, Colombia. 2009.

²⁶ LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. Ob. Cit.

que bajo esta óptica, y sobre todo, desde el punto de vista de su interpretación, se presentan varios y no pocos elementos preocupantes.

Así, si el nuevo constitucionalismo, postula un valor axiológico de las normas constitucionales, sobre el resto de las normas que integran el sistema, entonces la Constitución es expresión de valores superiores, los cuales se presentan como principios, y esos principios son reflejo, normalmente, de normas morales, desde el momento en que las nuevas Constituciones incorporan términos valorativos en sus textos, por lo que siendo que la Constitución tiene implícitos valores morales, el control de constitucionalidad que se haga se va a hacer sobre la base o con una óptica determinada –determinada moralmente- lo que significa, en definitiva, el control moral del Derecho.

De otra parte, la manera que se ha venido proponiendo para descifrar este nuevo sistema del Derecho, desde la óptica constitucional, es el de la ponderación de valores y principios. El problema con la ponderación es que requiere, en mayor grado, de elementos externos al Derecho, haciendo que se cuelen factores distorsionadores, y fácilmente manipulables para comprender el sentido del sistema jurídico. Lo que provoca una óptica determinada para entender el Derecho, como la correcta y excluyente de las demás, que se repudian por no ser coherentes con los valores constituciones, lo que evidentemente resulta peligroso para las libertades individuales.

3. LOS PROBLEMAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Las revoluciones liberales tuvieron dos distintos enfoques a la hora de determinar el sistema constitucional que regiría, y en el que se desarrollaría la libertad como valor central.

De una parte el sistema norteamericano, en condiciones sociales homogéneas y sin clases con privilegios especiales (producto de la monarquía europea), hicieron más fácil asumir el principio de separación de poderes, y la función productora de la Ley en manos del poder legislativo como representante del pueblo, pues todo estaba en definitiva sometido a la

fortaleza de la carta de derechos, y su tutela en manos del poder judicial, donde la protección de la carta fundamental venía por vía jurisdiccional.

A diferencia de lo que ocurrió en Europa continental, donde las clases privilegiadas producto de sus monarquías constitucionales, y la confusión de las funciones de legislativo y ejecutivo en mano de los monarcas, hizo que el proceso de constitucionalización, y los efectos en ese proceso, fueran diferentes, pese a que tanto en Norteamérica como en Europa la idea básicamente era la misma, y que se trataba de ideas liberales en ambos continentes. Europa continental tuvo que enfrentar privilegios de clases y desigualdades sociales que influyeron en el desarrollo de su constitucionalismo desde le principio.

Así, la evolución del constitucionalismo norteamericano, postula la protección de la libertad individual sobre la base de la manera en que se confecciona al poder ejecutivo y al legislativo, esto es, por vía democrática (elegidos) y por tiempo determinado, teniendo presente siempre que la elaboración de la Ley puede llegar a implicar abusos por parte de las mayorías sobre los derechos de las minorías, y no solo desde el Estado, y que eso debía prevenirse, desde la carta fundamental.

Como se ve, la tesis era clara, ante la posibilidad de que el Estado (ejecutivo y los legisladores), fundado en la voluntad de la mayoría, buscaran la dominación de algún grupo, la Carta fundamental serviría para frenarlos.

Luego, con la implantación de democracias constitucionales como reacción a los regímenes opresores de mediados del siglo XX, traen como consecuencia el fortalecimiento de los sistemas constitucionales más o menos rígidos, precisamente con la idea de que ese sistema sirviera como garantía de derechos fundamentales para todos los individuos.

El asunto es que nuevamente surgen tesis encontradas, que pretenden abrogarse la manera en que las disposiciones constitucionales se deben aplicar, pues ya desde el comienzo, con la concepción norteamericana de control jurisdiccional de la constitucionalidad, se había erigido a los tribunales como garantes del orden del sistema. Ahora, ya entrada la primera mitad del

siglo XX, surgen corrientes de pensamiento que buscan monopolizar la interpretación del Derecho desde el punto de vista de las constituciones.

Pero esto no es todo, por influjo de las nuevas tendencias de la argumentación jurídica (Robert Alexy, por ejemplo) -con las que en principio, podríamos estar de acuerdo en algo- se interpreta el Derecho desde el punto de vista de valores y principios, implementados en las nuevas constituciones, apegados a tendencias neoconstitucionales, lo que ha degenerado en un sistema trazado desde unos valores morales particulares -que no sabemos si son legítimos en este punto-, y que en definitiva hacen o permiten, que el sistema jurídico se comprenda bajo una óptica determinada, sin cabida para nada distinto, pues lo que resulte inmoral, resultará por esa afectación del Derecho a la moral, básicamente contrario a Derecho.

Lo anterior apunta en un sentido distinto (contrario, podría decirse) a lo que debe postularse en un sistema realmente democrático y constitucional. En ese sentido puede apreciarse lo que refiere Luigi Ferrajoli, en *El futuro de la filosofía del derecho* (Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pág. 260), al expresar.

En este cambio del rol de la ciencia jurídica se manifiesta el nexo isomórfico existente entre derecho y sistema político, y en particular, entre las propiedades estructurales de los actuales ordenamientos jurídicos y la democracia. Esta relación consiste en la correspondencia entre las condiciones, tanto formales como sustanciales, de la validez de las normas jurídicas y las condiciones, formales y sustanciales, de la legitimidad del sistema político. En los Estados absolutos, *quod principi placui legis habet vigorem et validitatem*, resulta válido todo lo que agrada al soberano, cuya voluntad es la fuente de legitimación de todo el sistema político. En la democracia política del Estado legislativo, la validez de las normas está determinada por las formas político-representativas de la producción legislativa, correspondientes únicamente a la dimensión formal, política o representativa de la democracia. En la democracia constitucional, en fin, la legitimidad jurídica está determinada, además de por la conformidad de las normas producidas con las formas político-representativas de su producción, también por sus contenidos, en cuanto a la actuación y al respeto de los principios de justicia constitucionalmente establecidos, los que corresponden, a su vez, a la dimensión sustancial de la democracia constitucional.

A este respecto Ferrajolli²⁷, refiere -ya en una obra anterior a la antes citada-, que quienes propician este acoplamiento del Derecho a la moral, o dicho de otra forma, la moralización del Derecho, lo que pretenden al final no es incorporar una determinada moral, sino establecer una única moral, (la moral) dentro del ordenamiento, incluso en un sentido objetivo. Refiere el citado autor que:

Así pues, esta tesis descansa en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino la moral; y que ésta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen esta idea, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia que ellos comparten y defienden con firmeza, sino principios y contenidos de justicia «verdaderos» y, en algún sentido de la palabra, «objetivos». Así, la conexión entre derecho y moral que teorizan, se resuelve en un tendencial iusnaturalismo conjugado con esa variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético. Es decir, en una concepción directamente opuesta a la aquí sostenida del constitucionalismo como segundo positivismo, esto es, como positivismo jurídico reforzado en virtud de la positivización también de las opciones que deben presidir la producción del propio derecho positivo.

En el sentido expuesto, vemos que el problema no está en el Estado Constitucional, sino en la manera que se pretende interpretar el Derecho (incluidas las Constituciones). La gran garantía de respeto a las libertades individuales tuteladas desde una norma superior (objetiva, general y abstracta) que previniera los desafueros del Estado y de las relaciones sociales entre particulares, estaba precisamente en la potestad contralora de los jueces, que ahora, y por influjo de estas nuevas tendencias de interpretación, pueden perfectamente desmontar el Derecho, por efecto de esta moralización del Derecho y la posibilidad de que el sistema de normas sea derrotable por principios y valores “constitucionalizados”.

Nuestra tesis es que el neoconstitucionalismo, como teoría legitimada (casi ungida) para explicar y poner en práctica, el constitucionalismo de nuevo cuño, en cuyo vértice de acción está colocada la teoría de la argumentación jurídica, como elemento determinante de la comprensión del nuevo constitucionalismo puede provocar estados de arbitrariedad incompatibles con un verdadero estado de libertades individuales.

²⁷ FERRAJOLLI, L. El constitucionalismo entre principios y reglas. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pág. 794.

Así, el mayor problema, se pone de manifiesto en nuestro sistema, cuando la moral, esto es, los valores y principios, tienen un contenido predeterminado, impuesto por la interpretación constitucional, como lo es el **socialismo**.

Esta expresión puede entenderse de distintas maneras, desde ser una teoría económica, a una ideología, o una forma de organización política de los Estados contemporáneos, pero en nuestro sistema, por ejemplo, tiene una connotación moral. Esto es, los valores y principios son valores y principios **socialistas**, y por tanto, estamos hablando de la moral socialista, donde el Estado de Derecho se cambia, por influjo de la moral, en un estado Social de Derecho, son los valores y principios sociales, los que deben dar la clave para fijar la óptica con que debe examinarse, entenderse, y aplicarse el Derecho.

Esta moralización, ideológicamente influenciada, se ha constituido en una camisa de fuerza, que no permite ninguna divergencia con los valores y principios –socialistas-, más allá de lo que diga o se pueda interpretar en la Ley. Los aplicadores del Derecho no pueden hacer nada distinto a lo que se entiende son los parámetros morales, y son estos los que privan, **independientemente** del Derecho, pues cualquier otro razonamiento es inconstitucional.

Como se ve, no se trata de la Constitución, sus valores y principios, sino el empleo en la ponderación que de ellos se hace lo que pone a vencer a los que son de corte socialista sobre los demás, o la comprensión socialista sobre las demás. Son los razonamientos erigidos como interpretación vinculante, lo que delinea el Derecho, y por supuesto, lo hace producir efectos inconvenientes y devastadores para él mismo, ya que no se le puede comprender fuera de la atadura que la moral impone (valores y principios socialistas).

No se trata, y esto debe aclararse, de negar que las ideologías influyen en el Derecho, e incluso en el resto del ordenamiento, pero cuando se hace desde el punto considerado jerárquicamente superior, el final práctico puede ser abiertamente arbitrario. La Norma Fundamental debe garantizar la mayor cantidad de libertad posible al ciudadano, y el Derecho debe garantizar que esas libertades se materialicen, bajo las premisas manejadas en

el ordenamiento jurídico. En nuestro caso el Derecho positivo debe ceder ante la imposición de una sola óptica, lo que por sí solo, luce ya arbitrario y limitativo a las libertades generales de los individuos.

Bajo esta premisa y teniendo presente el estado de penetración de la moral en el Derecho, bajo estas ópticas neoconstitucionales, el asunto se presenta como peligrosamente inconveniente, dado que lo inmoral será proscrito por el Derecho o su interpretación, y existiendo la equivalencia entre moral y socialismo, este esquema de razonamiento que pondere valores y principios –socialistas- lo que producirá es que cualquier norma de Derecho positivo puede ser derrotada, así como cualquier principio o valor que no esté dentro de la óptica socialista, con lo que caemos en un espiral de arbitrariedad y limitación de discrecionalidad judicial, que al final puede terminar por imponer al ciudadano la limitación inconveniente de sus libertades individuales, y lo peor, es que esto se puede hacer sobre la base de una argumentación jurídica que parte de la base de excluir el positivismo normativista, por intermedio de una autentica y única interpretación verdadera del Derecho.

En tal sentido, lo que queremos poner de relieve es, precisamente, la resistencia que debe hacerse a razonar de esta manera, ya que es nuestra posición, que hacerlo así, lo que provoca es permitir resolver siempre como le venga en gana al aplicador, creando un autoritarismo judicial, no controlable desde el Derecho, pues al final todo se reduce a las prácticas interpretativas y argumentativas del Tribunal.

Lo indicado en párrafos anteriores, hay que tratar de analizarlo y desmontarlo, por lo que se propone una tesis reactiva, una especie de antídoto, un neopositivismo que partiendo de la protección del ordenen del sistema, busque coherencia en la aplicación del Derecho, más allá de una argumentación que pueda llegar a servir valores y principios, que por basarse primordialmente en la moral, evidentemente tienden a tergiversar la aplicación del Derecho.

CONCLUSIONES

- La libertad del individuo está concebida no solo como un derecho natural reconocido por las tesis iusnaturalistas, sino además como un derecho positivizado, que sirve al final como garantía.
- Las aspiraciones del resto de los individuos de un grupo pueden llegar a influenciar en la libertad ajena y es la Ley la llamada a proteger y a la vez “limitar” la libertad individual, “natural” de los hombres, de manera que la convivencia se haga coherente con la finalidad superior, la mayor cantidad de libertad posible para cada individuo y para todos los individuos.
- La libertad individual puede examinarse, entenderse y desarrollarse, y protegerse -que es lo más importante-, desde el punto de vista de la Ley (en el sentido más amplio), es el imperio de la Ley entendido en los Estados modernos, lo que nos lleva a postular un avance en el examen de la libertad individual desde el punto de vista del Estado Constitucional de Derecho.
- La Ley y la intervención del Derecho en las relaciones individuales debe ser mínima, solamente para garantizar la libertad del individuo de manera que sus intereses y derechos no se vean impedidos ni perjudicados por la actuación de ningún otro sujeto, incluyendo- especialmente- al Estado. La libertad concebida como un Derecho, incluso como Derecho Natural, no existe, ni es realizable, sino se regula, y sobre todo, si no se garantiza por mecanismos especiales, que la hagan real. La Ley surge como garantía de actuación legítima de los particulares y del propio Estado, que debe proteger la libertad de los individuos, vistos como unidad y colectivamente, frente al ejercicio arbitrario – ilegítimo- del poder, que puede provenir tanto de los individuos como del Estado.
- Lo que debemos todos tener garantizado es que el poder no se nos imponga de manera ilegítima, bien provenga del Estado (gran acumulador de poder) o de los propios particulares ejerciendo sus propias libertades.
- La concepción liberal de libertad surge de una realidad histórica determinada, en función de la cual debe ser examinada, lo que nos lleva a pensar si es adecuado seguir postulando los principios liberales fuera del contexto histórico particular, o evadiendo las realidades actuales, o si es necesario delinear nuevas maneras de abordar la comprensión de esos

mismos postulados o agregar unos nuevos que permitan un mejor acoplamiento a las realidades históricas actuales.

- La Ley es la garantía real del hombre libre, cuando tiene un contenido realmente general y abstracto. Debe provenir de la observación de la conducta de los hombres, en el sentido de que la conducta reiterada de los hombres determina qué y cómo debe estar regulada “la conducta de los hombres”; es el animus gregario, la conciencia colectiva, la que determina el contenido de la Ley, son los errores y los aciertos los que deben dar contenido a la Ley.
- Sin la garantía, que es donde encontramos a la Ley, los derechos no son más que declaraciones sin eficacia real. Es la garantía a ser propietario lo que debe privar, y aquí es donde la Ley juega un papel importante. La propiedad como derecho natural no es real sin la garantía (iuspositiva) que lo haga efectivo. Por lo que la Ley no tiene que ser vista necesariamente como un atetado contrala la propiedad.
- Respecto a la propiedad, como elemento determinante de la libertad individual, no puede emplearse a la Ley para establecer privilegios para algunos, ni distribuir la que haya.
- Es la propia conducta social, manifestada espontánea, simple y reiteradamente, que se va fortaleciendo al punto de hacerse prácticamente obligatoria, o mandatorio en las relaciones individuales, lo que debe estar en la génesis de la Ley. Se trata de una estructura sistemática, ordenada y jerárquica, que permita comprender la mejor manera de proteger reglas invariables que deben ser el enfoque del sistema integrado: Las Constituciones.
- El Derecho, y la Ley como consecuencia, está sufriendo una crisis, no solo en lo que se refiere a su producción sino incluso a su aplicación. Efectivamente los Estados, emplean la Ley como instrumento de igualación, lo que indudablemente le hace producir un resultado pernicioso a los efectos de la libertad individual, desde el momento en que la Ley no debe emplearse para establecer privilegios para algunos, ni distribuir la propiedad que haya.
- Las constituciones deben ser el crisol de comprensión del sistema de leyes, pero de manera que sean inmunes a los caprichos de quienes ejercen el poder (particulares o el

Estado) de forma que todos los individuos estén amparados en sus derechos con carácter de objetividad, abstracción y generalidad.

- La interpretación que se dé a la norma fundamental, quien haga esa interpretación y cómo la haga, puede llegar a desmontar por completo las garantías asociadas al sistema constitucional como lo hemos descrito anteriormente.
- Si el nuevo constitucionalismo, postula un valor axiológico de las normas constitucionales, sobre el resto de las normas que integran el sistema, entonces la Constitución es expresión de valores superiores, los cuales se presentan como principios, y esos principios son reflejo, normalmente, de normas morales que requiere de elementos externos al Derecho, haciendo que se vuelven factores distorsionadores, y fácilmente manipulables para comprender el sentido del sistema jurídico desde las Constituciones.
- Lo anterior ha degenerado en un sistema trazado desde unos valores morales particulares que en definitiva permiten que el sistema jurídico se comprenda bajo una óptica determinada, sin cabida para nada distinto, pues lo que resulte inmoral, resultará por esa afectación del Derecho a la moral, básicamente contrario a Derecho.
- En el sentido expuesto, vemos que el problema no está en el Estado Constitucional, sino en la manera que se pretende interpretar el Derecho (incluidas las Constituciones).
- El constitucionalismo de nuevo cuño, en cuyo vértice de acción está colocada la teoría de la argumentación jurídica, como elemento determinante de la comprensión del nuevo constitucionalismo puede provocar estados de arbitrariedad incompatibles con un verdadero estado de libertades individuales.

BIBLIOGRAFÍA

Bastiat, Frédéric. La Ley. Tomado de: <http://www.hacer.org/pdf/LaLey.pdf> junio 2018.

Berlin, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pág. 43-114, citado por Diab, María Fernanda. ROUSSEAU: “El fundamento igualitarista y la noción de libertad en el pasaje de “forzar al hombre a ser libre” Tomado de: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XI/1.pdf>. junio 2018.

Canova G, Antonio. Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional. Revista de Derecho Administrativo, N° 7, Septiembre-Diciembre 1999.

Diab, María Fernanda. ROUSSEAU: “El fundamento igualitarista y la noción de libertad en el pasaje de “forzar al hombre a ser libre” Tomado de: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XI/1.pdf>. junio 2018.

Ferrajolli, L. El constitucionalismo entre principios y reglas. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676.

García Amado, Juan Antonio. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores. Trabajo del proyecto de investigación titulado “Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial”, referencia SEJ2007-64496.

Hayek, Friedrich A. Los fundamentos de la Libertad. Unión Editorial. Traducción: José Vicente Torrente Secorún. Título original: The Constitution of Liberty 1960. 2019.

Rondón García, Andrea. Propiedad privada y Estado de Derecho: garantías fundamentales de la actividad económica del empresario (Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Ciencias, mención Derecho). UCV.

Lancheros-Gámez, Juan Carlos. Del Estado liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la compresión de la dignidad humana. ISSN 0120-8942, Año 23 - Núm. 18 - 247-267 - Chía, Colombia. 2009.

Leoni, Bruno. La libertad y la ley. Liberty Fund Tomado de: <http://biblioteca.libertyfund.org/sites/default/files/la-libertad-y-la-ley-libro-electronico.pdf>. julio 2018.

Locke, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Alianza Editorial.

Marcilla Córdoba, Gema. La noción de imperio de la ley en Francisco Laporta y Liborio Hierro. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Edición Especial: Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro # 43.

Pereira Otero, Cristhian Alexander y PATINO, Alvaro Alfonso. (2009). Los límites del principio de la libertad individual. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires. <https://www.aacademica.org/000-062/1952>.

Sartori, Giovanni. La libertad y la ley. Traducido de *The Politicization of Society*, Kenneth S. Templeton, Jr. ed., Indianápolis, Liberty Press, 1979. Derechos cedidos por el autor. Tomado de http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/45_1_Sartori.pdf.

SHAPIRO, Ian. Sobre la no-dominación. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 589-628.

Stuart Mill, John. Sobre la libertad. *On liberty*. 1859. Traducción del inglés por JOSEFA SAINZ PULIDO.

Vallet, J. Metodología de la determinación del derecho. Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces. 1994. Citado por MEJIAS ARNAL, Luis Aquiles. *La determinación del Derecho*. Abeditores. 2018.

Vargas-Hernández, José G. Libertad, Derechos y Estado de Derecho en la Globalización, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año II, Número 3, Primavera 2008.