

LUIS LEGAZ LACAMBRA

**FILOSOFIA Y SOCIOLOGIA
DE LA LIBERTAD**

Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, núm. 51, II de 1974

Filosofía y Sociología de la libertad

por el Académico de número

Excmo. Sr. D. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA (*)

Que la libertad es un término que no sólo tiene distintos matices sino que cubre una multiplicidad de sentidos que, a veces, carecen de relación aparente entre sí, es un hecho notorio que patentiza la complejidad del tema. Una afirmación tal como “el hombre es libre” puede referirse a la libertad de su voluntad en sentido psicológico, esto es, a una proclamación de intedeterminismo, o a la libertad política o jurídica. Estas afirmaciones versan sobre aspectos muy diferentes de la libertad e incluso pueden no coincidir y dar lugar a respuestas antitéticas. Parece lógico que quien afirma la libertad en un sentido, debería también afirmarla en todos los demás. Pero la experiencia y la historia del pensamiento muestran que muchos librearbitristas no siempre han sido proclives al desarrollo de la libertad política y, a la inversa, teóricos del liberalismo como John Stuart Mill (1) han profesado en psicología un “asociacionismo” de tinte claramente determinista. La teología de Luis de Molina ensalzó en términos desmesurados, según Maritain, el papel de la libertad humana; pero de este ensalzamiento podrían incluso derivarse consecuencias restrictivas de la libertad política en el sentido de que se haría necesario encauzar o dirigir esa libertad capaz de enfrentarse con éxito con la obra de la gracia. Kant y los neokantianos, como Windelband, considera que la

(*) Disertación en Junta del martes 21 de mayo de 1974.

(1) *On Liberty*, ed. de 1948, Oxford, Basil Blackwell, with an Introduction by B. B. McCallum.

voluntad, vista como "fenómeno", está causalmente determinada, pero la libertad ética consiste en someterse a líneas dictadas por la razón y hacer de la ley moral la ley natural de la voluntad (2). Hans Kelsen (3) se proclama determinista en psicología; no cree en la llamada libertad de la voluntad, la cual está más bien determinada con arreglo al principio de causalidad; por eso, lo que acontece a ella pertenece al plano del ser, de la realidad, pero por lo mismo estima preciso construir jurídicamente la libertad, porque una ciencia jurídica normativa no tiene sentido más que partiendo de este concepto.

De acuerdo con Zaragüeta (4) podemos definir la libertad en sentido psicológico como la capacidad de la voluntad de liberarse del yugo de la propia espontaneidad por vía de educación o actuación reflexiva sobre la misma, sobre todo con vista a los fines morales por lograr. Esta definición parece, a juicio de este autor, preferible a otra más clásica y usual según la cual libertad sería la facultad de elegir entre hacer o no hacer (libertad de contradicción o de ejercicio) o hacer tal o cual acto (libertad de diversidad y de contrariedad o de especificación), definición que tiene el triple inconveniente a) de distinguir entre condiciones de acción y la acción propiamente dicha, siendo así que en las condiciones actúan también los actos precedentes espontáneos y voluntarios; b) de suponer que estas condiciones están puestas cuando *están poniéndose* sin cesar y modificándose en el dominio pre-voluntario de la espontaneidad mental, y c) de suponer que la elección voluntaria tiene lugar ante una disyuntiva espacial y no en una alternativa temporal de objetivos y de motivos a ellos inducentes. Por eso, libertad es facultad que el hombre tiene de disponer hasta cierto punto de su porvenir, en orden a sus fines y los medios para obtenerlos, contra el determinismo que supone que ese porvenir se impone al hombre por dentro (impulsividad psicofisiológica) o por fuera (coactividad o atractividad física o social).

(2) *Kritik der praktischen Vernunft*, I. Teil, I. Buch, 3, pp. 111 y ss. de la ed. de Vorländer (reimpresión de 1952, Hamburg, Meiner). Cf. Windelband, *Normen und Naturgesetzen*, en "Präludien", ed. de 1921, Tübingen, II, pp. 59 y ss. (ed. española de W. Roces, Buenos Aires, 1949, pp. 258 y ss.). Vid. sobre esto L. Legaz, *Legalidad e ilegalidad como formas de comportamiento: el problema de la libertad*. "Revista de la Universidad de Madrid", núm. 46.

(3) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, ed. de 1923, pp. 95, 144 y ss., 157 y ss.

(4) *Vocabulario filosófico*, Madrid, España-Calpe, 1955, voz "libertad".

Para Bergson (5) la libertad es indefinible; definirla es negarla. Deterministas y antideterministas se preguntan si el acto que yo acabo de cumplir podía o no ser previsto, dado el conjunto de sus condiciones o sus antecedentes; pero ya se lo afirme o se lo niegue, se admite que este conjunto de condiciones podía concebirse como dado de antemano y que el término sucesivo está preformado en sus condiciones presentes. Ahora bien, para Bergson, el acto libre, como el yo profundo de que procede, es inexpressable; y es inexpressable porque es libre. Nosotros vemos que no somos necesitados como las cosas físicas, pero no sabemos decir en qué consiste la libertad. Ahora bien, nuestra propia experiencia nos demuestra que, en nuestro obrar, a menudo el efecto precede a su causa aparente, y que nosotros, por de pronto, decidimos y luego deliberamos y que incluso si obedecemos a un motivo o un móvil, obedecemos no a una fuerza exterior sino a nosotros mismos: no somos obrados por un motivo determinante, sino que obramos para ese motivo, por nosotros mismos y para nosotros mismos; pues cada uno de nuestros estados, de nuestros amores, de nuestros odios expresa nuestro carácter, y nuestro carácter es nosotros, de suerte que todo acto que lleva la marca de nuestra persona es verdaderamente libre; el progreso que ha mostrado las razones determinantes es un progreso de la personalidad entera considerada como indivisible y una. Pues el acto libre es una unidad real, captada inmediatamente por la conciencia, vivida y percibida desde dentro y que no se repite; no es la multiplicidad de visiones exteriores, mediatas y comunes, que la representan más o menos simbólicamente, deformándola siempre.

Para Zubiri (6) hay una situación primaria del hombre que consiste en estar frente a las cosas. Hay en el hombre una función que es el pensar, gracias al cual no forma parte de la naturaleza, sino que está a distancia de ella, tanto de la naturaleza física como de su propia naturaleza psicofísica. Esta condición ontológica de su ser es lo que llamamos libertad: situación ontológica de quien existe desde el ser. Esto no quiere decir que todos los actos del hombre sean libres, sino que el hombre es libre, y sólo quien es así radicalmente libre puede verse privado de libertad en muchos, tal vez en la mayoría de sus actos. Bergson había dicho algo parecido: los actos libres, tal como

(5) *Essai sur les donnés immédiats de la conscience*, 1889, pp. 165, 176, 180-81 y *passim*. Cfr. J. Chevalier, *Bergson*, París, Plon, 1926, cap. IV, pp. 124 y ss., 140 y ss.

(6) *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1944, pp. 401-403, 435 y ss., 456 y ss.

él los entiende, son raros, y por eso somos raramente libres: vivimos para el mundo exterior más que para nosotros; hablamos más bien que pensamos; somos obrados más bien que obramos nosotros mismos. Obrar libremente es para Bergson tomar posesión de sí, es instalarse en la duración pura (7).

Esta condición radical del ser humano como ser libre constituye el eje de algunas filosofías, como la existencialista, de modo particular en Sartre (8), sobre la base de una afirmación radical de ateísmo, pues como él mismo dice, si Dios no existe —y esta negación es su punto de partida— todo está permitido, porque no hay una “naturaleza” humana dada y fijada de una vez para siempre, y por tanto no hay determinismo y el hombre es libre o, mejor, es libertad. Ni ante nosotros ni detrás de nosotros hay nada que nos sirva de justificación ni excusa. Estamos solos radicalmente. El hombre está condenado a ser libre, porque aunque no se ha creado él mismo, una vez arrojado en el mundo es responsable de todo lo que hace. El existencialista, dice Sartre, no cree en el poder de la pasión; nunca pensará que una bella pasión es un torrente devastador que conduce fatalmente al hombre a ciertos actos y que por consiguiente es una excusa. Piensa que el hombre es responsable de su pasión. Tampoco pensará el existencialista que el hombre puede encontrar una ayuda en un signo dado que le oriente, pues el hombre descifra el signo como le place. El hombre está condenado en todo momento a inventar al hombre, y el hombre es el único porvenir del hombre. Ahora bien, este radical indeterminismo no da cuenta del sentido ético de la libertad, de la que, con Nicolai Hartmann (8 bis) podría decirse que no consiste en un *minus* en determinación, sino en un *plus* de determinación, en una “sobredeterminación”, o en la posibilidad de la misma, en cuanto dirige y encauza en cierto sentido los impulsos causales.

Para Ortega y Gasset (9) la vida es a la vez fatalidad y libertad, pues es ser libre dentro de una fatalidad dada. Esta fatalidad nos ofrece

(7) *Essai*, p. 176. J. Chevalier, ob. cit., p. 127; cfr. p. 122: “Nous vivons en effet ordinairement à la surface de notre moi; pour y pénétrer il nous faut écarter ces états inertes qui flottent à la surface de l'esprit comme de feuilles mortes sur l'eau d'un étang, et qui sont en quelque sorte extérieures parce qu'ils sont le résidu impersonnel d'états communs à une société entière”.

(8) *L'existentialisme est un humanisme*, París, Nagel, pp. 37 y ss.

(8 bis) *Ethik*, Berlin, 1926, p. 591.

(9) *¿Qué es filosofía?*, Obras inéditas, Ed. Rev. de Occidente, 1958, pp. 254 y ss.; también el prólogo a sus *Obras*, ed. de 1932.

un repertorio de posibilidades determinadas, inexorables, es decir, nos ofrece diferentes destinos. Nosotros aceptamos la fatalidad y en ella nos decidimos por un destino. La paradójica situación del hombre radica en que no puede ser lo que quiera, sino lo que tiene necesariamente que ser, y al mismo tiempo puede no aceptar esa necesidad, eludirla, defraudarla. Sólo es libre el que no tiene más remedio que serlo. Una libertad de la que pudiéramos exonerarnos como de un título oficial no sería constitutiva de nuestro ser. Pero el hombre es libre, quiera o no, ya que, quiera o no, está forzado en cada instante a decidir lo que va a ser. Incluso el determinista ha vivido una vida indeterminada y él mismo se ha decidido en cierto momento por el determinismo frente al indeterminismo. Por otra parte, la libertad no puede consistir en elegir entre posibilidades equivalentes, en el sentido de que sean ellas también posibilidades libres; sino que la libertad adquiere su propio carácter cuando se es libre frente a algo necesario; es la capacidad de no aceptar una necesidad. El hombre advierte en todo momento que no le basta con elegir, sino que tiene que acertar, esto es, que su libertad tiene que coincidir con su fatalidad; tiene que descubrir el hombre, al hacerse, al futurizarse, cuál es su propia, auténtica necesidad; tiene que acertar consigo mismo y luego resolverse a serlo. Por eso el hombre auténtico, egregio, es un ser perplejo y preocupado. Pero la despreocupación es el modo de ser de la gente; dejar en cada instante de la vida que ésta flote a la deriva, como una boya sin amarras, que va y viene empujada por las corrientes sociales. Vivir es para el común de las gentes entregarse a lo unánime, dejar que las costumbres, los prejuicios, los usos, los tópicos se instalen en su interior, los hagan vivir y tomen sobre sí la tarea de hacerlas vivir. Bajo la aparente indiferencia de la despreocupación late siempre un secreto pavor de tener que resolver por sí mismo, originariamente, los actos, las acciones, las emociones, un humilde afán de renunciar a la responsabilidad ante el propio destino, disolviéndolo entre la multitud; es el ideal eterno del débil; hacer lo que hace todo el mundo es su preocupación. De ese modo, el despreocupado se suplanta a sí mismo; puesto que no hay modo de escapar a la condición social del vivir, y siendo ella la realidad, lo mejor es subrayarlo con ironía, repitiendo el gesto elegante del hada Titania que en la selva encantada de Shakespeare acaricia la cabeza del asno.

Con esto pasamos a otro orden de problemas. De la dimensión estrictamente filosófica del tema "libertad" pasamos a los aspectos sociológicos. La libertad es la tensión interior que mantiene al hombre

preocupado por acertar con su destino y reaccionar contra la fácil y permanente tentación de caer en el mundo alienante de lo social. Es irremediable que los actos humanos verdaderamente libres sean pocos, como ya habían advertido Bergson y Zubiri, esto es, que nuestras acciones estén de hecho condicionadas por una serie de determinismos sociales que, en cuanto realidad sociológica, han sido perfectamente estudiados por ejemplo por Gurvitch (10). Por otra parte, cuando hablamos de un enfrentamiento con lo social en modo alguno debe entenderse como alusivo de una hostilidad antisocial, porque lo social no es la sociabilidad, la cual es un sentimiento que florece y se engendra en el plano presocial o suprasocial de la relación interpersonal, cuya expresión suprema y más perfecta es el amor. De lo que se trata es de que lo social impersonalizado y tópico se convierte en un factor de necesidad y determinismo, frente al cual la libertad no es sólo una “carga” irrenunciable, pero que puede destruirse a sí misma, sino un imperativo ético. Entonces, el problema sociológico de la libertad se presenta en doble vertiente: a) ¿hasta qué punto las condiciones reales de la sociedad presente permiten la libertad —la autenticidad— de la decisión personal o, por el contrario, favorecen la despreocupación de la gente porque todo está hecho y resuelto por los demás? y b) ¿éstas mismas condiciones sociales enriquecen o por el contrario empobrecen la libertad real y externa del hombre y dan lugar o no a la aparición de nuevas dimensiones de la libertad que compensen como ganancia lo que desde otro punto de vista puede considerarse como pérdida?

Decía Tocqueville que la *passion d'être maître de soi* es la primera condición de que existan hombres capaces de actualizar su libertad. Pero precisamente el análisis tocquevilliano pone de relieve lo inexorable de un proceso de centralización, determinante de un creciente igualitarismo entre los hombres que ahoga la fuente viva de la libertad, que es la personalidad. Un pueblo democrático, dice (11), tiende a concentrar todo su poder en su gobierno; y de un modo natural el gobierno quiere lo que los ciudadanos aman y aborrece lo que ellos aborrecen. Esta conformidad de sentimientos que en las naciones democráticas une de continuo en una misma idea a cada individuo y al soberano establece entre ellos una permanente y secreta simpatía.

(10) *Determinismes sociaux et liberté humaine*, París, P.U.F., 1955.

(11) *De la démocratie en Amérique*, ed. de A. Gain, París, Libr. de Médicis, t. II. pp. 402-403.

Se perdonan al gobierno las faltas que favorecen sus gustos. En los siglos democráticos, la independencia individual y las libertades locales serán, cada vez, menos naturales y más productos del arte. La opinión pública es uno de los factores más fuertes y decisivos de socialización de los pueblos democráticos. El público ejerce en ellos un poder singular; impone sus creencias y las hace penetrar en los ánimos como por una suerte de presión inmensa del espíritu de todos sobre la inteligencia de cada uno. Tocqueville prevé (12) la formación de un poder que, cuidando de todos los hombres, hace cada día menos útil y más raro el uso del libre albedrío, encierra la acción de la libertad en un espacio más estrecho y quita poco a poco a cada ciudadano hasta el uso de sí mismo.

De hecho, en la sociedad moderna, la marcha de las cosas, el propio movimiento social han ido en el sentido de una disminución de muchas zonas de la vida que antes se dejaban "libres" (13). Es verdad que contra esto comienza a reaccionarse, incluso con notoria desmesura en ciertos sectores, pero es evidente que con la complicación de las cosas públicas ha surgido una exigencia creciente de racionalización y con el advenimiento de las masas, la desproporción en la distribución de la racionalidad, y de ahí el fenómeno y el drama de la democratización fundamental de la sociedad de que hablaba Mannheim (14). La vida pública ha ido dominando progresivamente sobre la vida privada; las categorías sociales sobre las personales; la opinión pública crea un clima socializado para la verdad. La vida exige imperiosamente nuevas tareas y misiones al Estado y todo se tecnifica y burocratiza. Al mismo tiempo, el espacio de vida libre disminuye de continuo y la economía requiere también una intervención cada vez mayor por parte del Estado. En estas condiciones, el individuo necesita realizar un gran esfuerzo para ser libre, para mantener su libertad fundamental. La cual no consiste sólo en las libertades políticas efectivamente logradas, pues como advirtió Tocqueville éstas son perfectamente compatibles con ese despotismo administrativo hacia el que conduce el movimiento social tal como él lo veía en América, y que por otra

(12) Ob cit., II, pp. 432-434.

(13) Reproduzco aquí algo de lo que escribí en "El individuo entre el Estado y las fuerzas sociales", en *Revista Internacional de Sociología*, núm. 24, 1948, y recogido en el volumen *Derecho y Libertad*, Buenos Aires, Abeledo, 1952.

(14) *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, ed. esp., Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1936; *Diagnosis of our time*, Oxford University Press, New York, 1944.

parte son palabras vacías cuando carecen de un soporte concreto, económico y cultural. Es claro que la libertad metafísica de la persona subsiste más allá de todas estas restricciones y determinismos en el orden fenoménico. La libertad, como hemos visto, consiste en última instancia en la posibilidad de darse una forma de vida. Pero esto implica el hallarse ante solicitaciones diversas, elegir una posibilidad entre otras; y esas solicitaciones, esas posibilidades ejercen una eficacia sociológica decisiva en orden a influir sobre la personal decisión, no en el sentido determinista, sino en el de ensanchar o restringir el margen de decisión. El hombre de cualquier época tiene la misma libertad interior para realizar un viaje o quedarse en casa; pero el hombre de hoy tiene más enriquecida su libertad incluso que el hombre de hace cincuenta años, porque no sólo cuenta con el caballo o el ferrocarril, sino con el automóvil y el avión, que son otras tantas posibilidades concretas de elección, aparte de la de estar quieto. Pero junto con estas posibilidades enriquecedoras, pero puramente externas, hay realidades contrarias de empobrecimiento, presiones más o menos ineludibles bajo cuyo peso se agosta la libertad. Y se trata de que el hombre disponga de una libertad efectiva, no como pura entidad metafísica, sino como ser inserto en el orden real de la sociedad. El espíritu es siempre y por esencia libre, y el hombre arrojado en una cárcel conserva su libertad espiritual; pero el ideal de una sociedad bien constituida no puede ser sólo la existencia de esa libertad espiritual que representa la mera posibilidad de oponer interiormente un *no* a lo que puede ser un estado general de opresión por toda clase de fuerzas sociales. El hombre es un ser que vive en sociedad y también en la sociedad ha de reflejarse su condición de ser libre. El hombre necesita que mantengan vigencia social aquellos factores que sirven para enriquecer y acentuar en él el reducto de intimidad capaz de ofrecer resistencia a la socialización espiritual, a la masificación y a la intervención estatal crecientes; pero es preciso que las condiciones del orden social favorezcan esta posibilidad y no obstaculicen, al menos, su responsabilidad y autodeterminación para obrar y elegir las metas y los medios de su existencia social. La libertad se nutre de la vida personal auténtica y si ésta falta, aquella pierde contenido; por eso, en los movimientos gregarios, en los fenómenos de masa, el individuo no es realmente libre y su misma individualidad se desvanece. Pero la libertad tiene también una dimensión como libertad política, como libertad civil, como libertad económica, como libertad externa en suma, que es la que puede dar el Estado, y no sólo libertad interior,

que no depende directamente de él. No todo puede ser socializado en la vida del hombre. Pero la no socialización de la vida interior depende más de la resistencia que el sujeto sea capaz de oponer, que de los límites externos que a sí misma se ponga la planificación social o estatal, y la verdad es que el Estado puede proponerse socializar y planificar todas las actividades fenoménicas del individuo y detenerse ante la esfera interior por pura imposibilidad física, pues aunque también intente planificar e intervenir en ese ámbito (de hecho cada vez lo hace más con la manipulación de los medios de comunicación) siempre se encontrará, en algún caso, con que no puede físicamente coartar la libertad interior de oponer un *no*; pero, por lo mismo, un Estado que sólo dejase esa libertad, sería un Estado que negaría *toda* la libertad, pues negaría *toda la que está en su mano conceder* y sólo se detendría adonde su poder físico de intervenir no era capaz de alcanzar. Ya se sabe, sin embargo, que también en este ámbito de la intimidad trata de entrar directamente el Estado moderno, porque el avance tecnológico se lo permite, le concede ese poder físico que antes le faltaba, y el uso del detector de mentiras, la narcoexploración y el lavado de cerebros son otras tantas posibilidades técnicas de que se dispone para poner patente lo que se tiene derecho a dejar oculto o para hacer decir aquello que se quiere o interesa oír.

Ciertamente, estos son casos límite y no representan la norma en los Estados democráticos. Y la democracia constituye el modelo al que todo Estado actual, con una adjetivación u otra, trata de ajustarse. Pero la democracia es un régimen de libertad política y ésta, por tanto, constituye una realidad evidente en el mundo en que vivimos. Ahora bien, esta libertad política consiste —ya desde los griegos— en la participación en la vida y la cosa pública. No tiene, pues, en principio, nada que ver con aquella libertad interior que se destruye en la masificación, pero tampoco coincide con la libertad que es falta de intervención estatal (lo que era el concepto liberal de la libertad política), porque la libertad externa del hombre es cada vez más recortada por la acción del Estado intervencionista y su legislación motorizada, por mucha que sea la “participación” en el establecimiento de los criterios legislativos dominantes por medio de la elección democrática de representantes del país.

Bruno Leoni, representante de lo que podemos llamar pensamiento neoliberal, ha escrito a este propósito (15) que la situación de la so-

(15) *La libertad y la ley*, ed. española, Madrid, Unión Editorial, 1974, pp. 14 y ss.

ciudad contemporánea es una especie de esquizofrenia que, lejos de ser denunciada, apenas si se ha empezado a notar. La gente se comporta como si su necesidad de iniciativa individual y decisión individual estuvieran casi completamente satisfechas por el hecho de su acceso personal a los beneficios de los logros científicos y tecnológicos. En cambio, y de manera extraña, sus correspondientes necesidades de iniciativa y decisión individual en la esfera política y legal parecen satisfacerse mediante unos procedimientos ceremoniosos y casi mágicos, tales como las elecciones de representantes que se supone conocen por cierta inspiración misteriosa lo que sus electores desean en realidad y parecen estar capacitados para decidir de acuerdo con ello. Es cierto que, al menos en el mundo occidental, los individuos conservan aún la posibilidad de decidir y actuar como individuos en muchos aspectos: en el comercio (al menos dentro de amplios límites), en su conservación, en sus relaciones personales y en otras muchas formas de trato social. Sin embargo, también parece que han aceptado en principio, de una vez para siempre, un sistema por el cual un puñado de hombres, a los que raramente conocen personalmente, están capacitados para decidir lo que cada uno debe hacer, y ello dentro de unos límites muy raramente definidos, o prácticamente sin límites. Hoy, dice Leoni, el hecho de que no necesitemos confiar a otras personas la tarea de decidir, por ejemplo, cómo debemos hablar o cómo debemos pasar nuestro tiempo libre, nos impide comprender que lo mismo debería ocurrir con otras muchas acciones y decisiones que tomamos en la esfera jurídica. Nuestra noción actual de la ley está básicamente afectada por la abrumadora importancia que concedemos a la función de legislación, esto es, a la voluntad de otras personas (cualesquiera que sean) en relación con nuestra conducta de todos los días. Bien es verdad que esta importancia que atribuimos a la legislación no es consecuencia sólo de una ideología, sino también fruto de la presión de una realidad sociológica que se impone con fuerza irresistible. Pero, como dice el mismo Leoni, estamos hoy muy lejos de conseguir a través de la legislación la certidumbre ideal de la ley en el sentido práctico que este ideal debería tener para cualquiera que deba planificar su futuro y conocer, por tanto, cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus decisiones. Si bien la legislación es siempre cierta, es decir, segura y reconocible en cuanto esté vigente, la gente nunca podrá tener la seguridad de que la legislación hoy en día estará vigente mañana o incluso mañana por la mañana. El sistema jurídico centrado en la legislación no sólo implica la posibilidad de que otras

personas (los legisladores) puedan interferir en nuestras acciones diarias, sino que también implica la de que puedan cambiar su manera de interferir esas actividades. Como resultado, la gente no sólo se ve privada de decidir libremente lo que quiere hacer, sino incluso de preveer los efectos jurídicos de su conducta diaria.

Como dice Guido Fassó (16), ya es algo que reinen las leyes y no los hombres, pero no es indiferente lo que las leyes establecen; pues el principio de la soberanía de la ley puede estar vigente en cualquier tipo de Estado que no sea el despótico, y puede poner un límite a la voluntad del soberano, pero este límite puede ser más o menos amplio y la libertad que resulta para el individuo puede ser lo suficientemente restringida, como para negar aquellas libertades a las que el Estado de Derecho trataba esencialmente de proteger. En opinión de Leoni, esto se debe tanto a una legislación exagerada como al enorme incremento de la actividad cuasilegislativa o pseudolegislativa del gobierno. Pero no hay que olvidar que el creciente poder de los funcionarios gubernamentales se basa siempre en algún estatuto legal que les permite comportarse, a su vez, como legisladores e interferir así, casi a su voluntad, en cualquier tipo de interés y actividad privadas. “La situación paradójica de nuestro tiempo es que estamos gobernados por hombres, no porque no estemos gobernados por leyes, sino precisamente porque sí lo estamos. En esta situación sería de muy poca utilidad invocar la ley contra estos hombres. El mismo Maquiavelo habría sido incapaz de idear un artificio más ingenioso para dignificar la voluntad de un tirano que pretende ser un simple funcionario dentro de la estructura de un sistema perfectamente legal” (16 bis). Pero repetimos que esta situación obedece a realidades que se nos imponen y que, con Jordana de Pozas (17), podemos enumerar, señalando el aumento demográfico (que algunos llaman explosión), las necesidades y servicios derivados de los grandes inventos y colonizaciones, el fabuloso progreso material y desarrollo económico, la elevación consiguiente del nivel general de vida y la tecnificación de los servicios administrativos, la inseguridad confirmada por repetidos conflictos bélicos sin precedentes, las reformas y conquistas sociales, las conse-

(16) “Stato di diritto e Stato di giustizia”, en *Società, legge e ragione*, Ed. di Comunità, Milano, 1974, p. 44.

(16 bis) *Ob. cit.*, p. 16.

(17) Contestación al discurso de E. García de Enterría de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970.

cuencias prácticas de principios como el del *mínimum nacional* o la igualdad de oportunidades, la aparición y crecimiento de la burocracia, la multiplicación de los Ministerios y de los entes autónomos, etc.; en general, las dos guerras mundiales contribuyeron decisivamente al robustecimiento del ejecutivo y a la generalización de la práctica de regular materias importantísimas mediante disposiciones reglamentarias, tema éste cuyos aspectos técnicos e implicaciones políticas ha sido estudiado en España de modo especial por García de Enterría (18) quien ha dicho que la vocación de nuestro tiempo para la legislación, en la famosa cuestión de Savigny, es más bien, como ha señalado agudamente Jahrreis (19) “condenación de nuestro tiempo a la legislación” y a una legislación precisamente masificada, gárrula o incierta, condenación que sólo puede tener un antídoto eficaz en un desarrollo lúcido y sereno de las técnicas de control judicial de las normas.

He aquí por qué no falta razón a Hayek (20), otro representante bien caracterizado del pensamiento neoliberal, para decir que en la discusión técnica que concierne al Derecho administrativo se decide el destino de nuestra libertad, aunque, evidentemente, no es sólo ahí donde tal decisión se efectúa. Yo mismo escribí hace años (21) que en el Derecho administrativo se hace muy especialmente patente el cambio de situación a que obedece la lógica de los conceptos y los cambios en la estructura social y la consiguiente actitud del Estado. Y recordaba que era ya corriente afirmar que hoy, a diferencia de lo que acontecía en la época liberal, hasta las abstenciones del Estado tienen una intención y una función positiva, como los huecos de la arquitectura responden igualmente a una finalidad. Antes se creía en

(18) *Legislación delegada y control jurisdiccional*, Discurso citado en la nota anterior, pp. 185-86.

(19) *Mensch und Staat*, Carl Heymann Verlag, Köln-Berlin, 1957, p. 61: “Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung? Das war des grossen Savignys berühmt gewordene und vielumstrittene Frage. Zwang unserer Zeit zur Gesetzgebung, zur massierten Gesetzgebung! Das ist unsere bittere Unausweichlichkeit” (subrayados del autor).

(20) En cita de Leoni, ob. cit., p. 80. Corresponde a la conferencia publicada por el Banco Nacional de Egipto, *The political ideal of the rule of law*, El Cairo, 1955. Cfr. Hayek: *The Constitution of Liberty* (ed. española, *Los fundamentos de la libertad*, Valencia, Fundación Ignacio Villalonga, 1961.)

(21) “El Derecho, la Justicia y la seguridad”, en estos *Anales*, VI, 3, 1954, y en el volumen “Humanismo, Estado y Derecho”, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 176 y ss.

la realidad de una sociedad libre que marchaba por sí misma; la seguridad tenía su base fundamentalmente en la abstención, en el dejar hacer; el Derecho era el límite de la intervención (22). Hoy la sociedad exige prestaciones positivas del Estado. El Derecho no es límite, sino actuación de una idea de justicia y ésta pone en juego, al menos fundamentalmente, un valor distinto de la libertad: la igualdad. Ya no interesa tanto que los individuos sean libres como que sean iguales: pero iguales en el sentido de que lleguen a todos por igual las prestaciones del Estado requeridas por la vida moderna. Con consciente exageración se dijo entonces (23) —la vida de los años en que se escribía autorizaba a hacerlo— que el ideal de la Administración moderna es el “régimen de cola”, pues, en efecto, este régimen, en períodos de escasez y racionamiento, representa una de las facetas del Estado moderno, que reparte entre todos los ciudadanos, con estricta justicia distributiva e igualitaria, los bienes de que dispone o las prestaciones que puede llevar a cabo. Y es evidente que esto encaja bastante bien no diré que con la naturaleza del Derecho administrativo, pero sí con la de muchas tendencias del mismo y, sobre todo, de la ciencia de la administración, y no es extraño que se vea en ella un instrumento de la marcha hacia la centralización de que hablaba Tocqueville, o la socialización, en el sentido en que yo empleo esta palabra, y esa tendencia, por imperio de la realidad, se impone, y materias vitalmente importantes son sustraídas al ámbito formal de la legislación, y se establecen concesiones y monopolios de servicios públicos que en las más variadas esferas de la vida van recortando y restringiendo la libertad real del hombre, la cual no consiste sólo en los principios teóricos formulados en los textos constitucionales, ni tampoco, únicamente, en el mantenimiento de un reducto de intimidad, de la libertad profunda, espiritual que cada persona puede en principio sustentar, sino en la posibilidad de moverse con autonomía y eficacia en el amplio ámbito de la vida social. Urge naturalmente, reconocer también que el Derecho administrativo no ha renunciado nunca a su misión noblemente jurídica de responsabilizar la esfera de la administración y mantener mediante un sistema de recursos contencioso-administrativos el fuero de la personalidad y su libertad jurídica. Y como

(22) Por ejemplo, García de Enterría, “Reflexiones sobre los estudios de Derecho,” en *Revista de Educación*, Madrid, núm. 5, 1952.

(23) Así, J. Guasp, en *Revista Nacional de Educación*, núm. 6, 1952, comentando a García de Enterría en el trabajo citado en la nota anterior.

realidad, pero también como advertencia, mantiene su valor lo que decía el fundador del Derecho administrativo español, don Manuel Colmeiro; “mezclarse sin necesidad en la vida social es acostumbrar a la nación a vivir en perpetua minoría y a mendigar la tutela del gobierno en los actos más sencillos de su existencia. A fuerza de ver que nada se hace sino por orden o mediante la autorización del poder central, la actividad individual se adormece y los particulares se habitan a no contar con sus propias fuerzas y a requerir protección e impulso donde sólo debe otorgárselas libertad. El espíritu público también se vicia y la opinión se corrompe, haciéndose a considerar como regla de todos los actos administrativos, no la legalidad, sino la voluntad de la administración. Entonces, el respeto al poder sustituye en los ánimos el respeto a la ley, cuya idea se oscurece y al fin se eclipsa, ocultándose detrás del magistrado” (24). Por eso el Derecho administrativo conserva un valor indudable dentro de las ciencias de la administración, en las que se ha pretendido considerarlo como una disciplina periclitada en una sociedad más preocupada por la eficacia que por la libertad o en la que domina —y esto es importante señalarlo— una idea de libertad que representa un cambio de significado merced al cual su defensa puede ser asumida por fuerzas sociales y políticas difícilmente conciliables con la afirmación de la libertad en su acepción original. Merced a este cambio significado el socialismo puede aparecer hoy como defensor de una libertad económica efectiva, sin la cual la libertad política carece de valor y sentido. Como dice Hayek (25), para los grandes apóstoles de la libertad política, la palabra había significado libertad frente a la coerción, libertad frente al poder arbitrario de otros hombres, supresión de los lazos que impiden al individuo toda elección y le obligan a obedecer las órdenes de un superior a quien está sujeto. La nueva libertad prometida era, en cambio, libertad frente a la indigencia, supresión del apremio de las circunstancias que, inevitablemente, nos limita a todos el campo de elección, aunque para algunos mucho más que para otros. Antes de que el hombre pudiera ser verdaderamente libre había que destruir el despotismo de la indigencia física, abolir las trabas del sistema económico. En este sentido, la libertad no es más que otro nombre para el poder o la riqueza —la demanda de libertad es demanda de poder, afirmó

(24) *Derecho administrativo español*, ed. 1880, p. 20. Cfr. L. Legaz, “La politicidad del Derecho administrativo en Colmeiro”, en *Estudios en honor de Colmeiro*, vol. colectivo, Universidad de Santiago de Compostela, s.a. (1952).

John Dewey— (25); pero lo que realmente contenían las promesas de libertad económica era la desaparición de las grandes disparidades existentes en la esfera de elección de las diferentes personas. La aspiración a la nueva libertad era, pues, tan sólo otro nombre para la vieja aspiración a una distribución igualitaria de la riqueza. Pero el nuevo nombre dio a los socialistas una palabra en común con los liberales —la otra era la igualdad, aunque como ya había visto Tocqueville, para los liberales significaba igualdad en la libertad y para los socialistas igualdad en la coerción y en la servidumbre (27)— y aquéllos la explotaron plenamente. Esto explica, dice Hayek, que tenga vigencia como doctrina reconocida por los líderes políticos ingleses, incluyendo aquéllos que tratan de extender a límites demasiado amplios los poderes del Estado, el pensamiento político de Stuart Mill, en cuanto que aquéllos predicaban esa acción interventora en nombre del desarrollo individual, sobre la base de que la libertad frente a la miseria es el comienzo de toda libertad (28). Y evidentemente, este argumento hay que tomarlo en serio. Se trata de que las realidades sociales presentan bajo una dimensión nueva la idea de libertad, y de que para hacerla posible y efectiva, se hace preciso recortar lo que tradicionalmente hemos entendido por libertad, y de que, sin renunciar a ésta, puede ser no menos importante, o más importante —por más justo— atenerse sobre todo a aquélla. Por eso se impone hoy la planificación de la actividad económica. Sociológicamente, la planificación representa la adopción por el capitalismo de una técnica marxista con la finalidad de salvar lo sustancial del capitalismo, pero liberándole al mismo tiempo de las anarquías alimentadoras de crisis. La intervención cada vez mayor del Estado queda así programada mediante un plan que, para él, es vinculatorio, mientras que para el sector privado tiene carácter indicativo, invitándosele a cubrir el resto de la tarea hasta alcanzar las cifras de crecimiento globalmente programadas. El Estado se reserva la facultad

(25) *Camino de servidumbre*, ed. española, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1950, pp. 26 y ss.

(26) "Liberty and Social control", en *The social Frontier*, nov. 1935, p. 41 (cit. por Hayek, *Camino de servidumbre*, p. 27, nota).

(27) Discurso pronunciado en la Asamblea Constituyente el 12 de septiembre de 1848 sobre la cuestión del derecho al trabajo. Cita de Hayek, ob. cit. p. 26, nota.

(28) Cfr. R. B. McCallum, introducción a la edición de *On Liberty and Considerations on Representative Government*, de J. S. Mill, ed. cit. p. XXVI.

de crear estímulos o frenos a lo largo del plazo de vigencia del plan para estimular más a la iniciativa privada a seguir la ruta prefijada. De este modo, si la realidad se ajusta a lo planeado, se garantiza un crecimiento económico mediante un empleo racional de los recursos, a nivel de plena ocupación, y la alimentación de las crisis (29). Sin duda, este intervencionismo, y sobre todo la idea que lo preside, se justifica en última instancia por el grado de libertad real que hace posible. Y no es que yo crea que el fin del Estado se agote formalmente en la concesión de libertad, porque positivamente le corresponde promover el bien común y realizar el máximo de justicia que, desde un determinado nivel de la conciencia social es posible alcanzar; pero el bien común consiste ante todo en la creación de las condiciones que hacen posible la promoción personal, y ésta es inseparable de la libertad y dignidad de las personas. El Estado no puede renunciar a su función activamente configurante del orden social, a promover el desarrollo, a planificar para el mayor bienestar, a realizar lo que, siendo posible, es lo más justo, mediante la creación de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, con exigencias de fondo y forma absolutamente irrenunciables, pero tampoco puede quedar radicalmente preso por condicionamientos sociales ideológicos propios de una situación pretérita. Y en la medida en que lo realiza, si bien ciertos aspectos de la libertad se ven recortados a costa de un aumento del poder estatal, otros aspectos de aquélla se ven enriquecidos sociológicamente como consecuencia de tales intervenciones. Pues no hay que olvidar el papel liberador que puede corresponder al Estado frente a otras fuerzas sociales de opresión del individuo. Esta es la gran cuestión que subyace a la crisis del Estado liberal de Derecho y su transformación en Estado social de Derecho o Estado de bienestar. En su conocido libro *El Derecho en una sociedad cambiante* (30) decía el profesor Friedmann que la realidad social puede definirse en términos jurídicos como una antítesis de la libertad y el *status*. La situación jurídica del hombre actual es cada vez más la del *status* pero es un *status* que difiere del medieval en que le da la seguridad social y le permite desplegar energías e iniciativas nuevas. En suma, ha enriquecido su libertad concediéndole

(29) L. Legaz, "Derecho y Desarrollo", en *Socialización, Administración, Desarrollo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 113 y ss., p. 126.

(30) *Law in changing society*, Penguin Books, abridged Edition, 1964, pp. 371 y ss.

más posibilidades sociológicas de ejercerla. ¿Su libertad interior queda también enriquecida con esto?

Es evidente que un exceso de seguridad puede aflojar la tensión moral del hombre, su sentido de responsabilidad, la afirmación de su individualidad, que cada vez más desaparecen bajo el proceso de la masificación y la organización de la sociedad de consumo (31). Pero lo que no cabe es extraer de ahí consecuencias jurídicas de signo contrario. El resto, es cuestión de educación y de que en la sociedad prevalezcan las ideas favorables a la personalización e incluso, en democrático contraste con las tendencias socializadoras, una cierta vuelta de los intelectuales —como propugna con cierto optimismo y no con entera justicia en cuanto a la apreciación global de la situación presente el neoliberal von Mises (32)— a las ideologías antitéticas de las que han producido los daños y catástrofes del presente, que el mencionado autor cifra en el totalitarismo, el colectivismo y el intervencionismo.

(31) Ese riesgo es reconocido, por ejemplo, por J. L. Aranguren, *Ética y Política*, Madrid, Ed. Guadarrama, 1963, p. 297.

(32) *Planning for freedom*, South Holland Ill., Libertarian Press, 1952, último capítulo (cita de B. Leoni, ob. cit., p. 201); vid. también su libro *Bureaucracy*, Yale University Press, 1944, 2.^a ed., 1962 (hay traducción española de D. Negro, Madrid, Unión Editorial, 1974); cfr. Murray N. Rothbard, *Lo esencial de Mises*, Madrid, Unión Editorial, 1974.