



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 25, julio-diciembre 2011

DERECHO Y LIBERTAD

LAW AND FREEDOM

ENRIQUE VILLANUEVA*

Para Diego Valadés

RESUMEN: Este trabajo explora las relaciones entre la libertad metafísica y la jurídica. La primera, aun cuando se le considera como una necesidad para el ser humano, es cuestionada por el mecanicismo; la segunda se reduce a lo permitido, lo ordenado y lo prohibido por las normas jurídicas, concibiéndose históricamente como una libertad negativa. Sin embargo, si a pesar de algunas asimetrías existe una relación con la libertad metafísica deberá entenderse al derecho como afirmando la libertad positiva que propicia el florecimiento de las personas. En esta línea, se propone una lectura creativa de la Constitución y de tres tipos de libertades que ésta protege, a saber, la libertad religiosa, la de expresión y la de movimiento. Partiendo de la obligación del Estado a impartir educación, según las especificaciones constitucionales, encontraremos que de cumplirse este artículo se dotaría de capacidades y disposiciones a las personas para resistir a cualquier persona o institución que quiera restringir o eliminar sus libertades; más aun, al afirmar esa libertad en una forma creativa se propiciará su florecimiento.

Palabras clave: libertad metafísica, libertad jurídica, Constitución, libertad positiva, libertad negativa, modelo mecanicista.

ABSTRACT: This paper deals with the relationship between metaphysical and legal freedom. Metaphysical freedom is challenged by Mechanism, but cannot be neglected by human beings, whereas legal freedom reduces to what is permitted, ordered, or prohibited by legal norms. It might be that legal freedom is metaphysical freedom despite some asymmetries between them. Moreover, legal freedom could be considered in its positive sense and applied to promote the flourishing of persons. Thus it is proposed a reading of the Mexican Constitution in a way that the right to education stated in article 3o. would provide citizens with a number of capacities and dispositions strong enough to resist any diminishing or suppressing of such personal liberties as the liberty of religious belief, the liberty of expression and the liberty of movement. Furthermore, assuring those liberties will bring about a kind of robust, creative, flourishing human beings.

Descriptors: metaphysical freedom, legal freedom, Constitution, positive freedom, negative freedom, mechanistic model.

*Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN: LA POLÉMICA ENTRE GARCÍA MÁYNEZ Y CARLOS COSSÍO

En los años cuarenta se dio una polémica entre los filósofos del derecho Eduardo García Máynez y Carlos Cossío: el primero sostenía que la libertad jurídica no es la libertad de la que hablan los metafísicos mientras que el segundo afirmaba que era una y la misma libertad, que la libertad jurídica era necesariamente “libertad metafísica fenomenalizada”. No es este el lugar ni la oportunidad de reconstruir esa polémica ni de decidir quién de los dos tuvo la razón. Aquí lo que interesa es hurgar dentro de las motivaciones racionales que empujan a un pensador a ir en una u otra dirección.¹

García Máynez, con una intuición jurídica robusta, se percata de que un jurista no tiene por qué entrar en las dificultades que presenta la noción metafísica de la libertad, dificultades de un carácter inmensurable, tal vez de imposible solución. El jurista sólo necesita de una noción accesible, empírica, observable y decidible de la libertad, de manera que un juez pueda decidir si se ha respetado el derecho de libertad de creencia de una persona dada o si se lo ha violado. El legislador no habla de la libertad natural o metafísica, sino de la libertad acotada, limitada, según las normas jurídicas. Las normas jurídicas estipulan lo permitido, lo prohibido y lo ordenado solamente, de manera específica, y se desentienden de todo otro tipo o sentido de libertad. El derecho es el derecho positivo y se refiere en principio a la libertad empírica, fenoménica, externa; a la libertad observable en la experiencia y en la conducta, y de ninguna manera a algo metafísico que trascienda la experiencia o la conducta humana pues esta noción es algo controvertido, algo que un juez no está en condiciones de determinar. Pero como señalé más arriba, el derecho puede estipular o crear una libertad y responsabilidad que no son ni las empíricas ni la metafísica, pero que podrían serlo.

¹ No interesa reconstruir la polémica entre García Máynez y Cossío, sino ver más allá de esa disputa particular hacia la naturaleza de la libertad jurídica, y por contraste, sobre la naturaleza de la libertad metafísica. Aquellos que se interesen en la polémica misma pueden consultar las siguientes obras: García Máynez, Eduardo, *Libertad como derecho y como poder; definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad*, México, Compañía General Editora, 1941; *Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad (respuesta a Carlos Cossío)*, México, Imprenta Universitaria, 1942; Cossío, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

Un pensador como Cossío en cambio se percata de que no puede separar la libertad de las personas creando un dualismo entre lo jurídico y la putativa propiedad real de la libertad que tiene toda persona necesariamente so pena de perder con la libertad su personería. Las personas de las que habla el orden jurídico son las personas que observamos en la vida cotidiana y la libertad que estipulan los artículos de la Constitución —que examinaré enseguida— es la libertad de esas personas: es una y la misma libertad. Las personas tienen una libertad que es real, que no se agota en la experiencia, una libertad que es un hecho metafísico y esa libertad real aparece o se fenomenaliza en la experiencia propia o en la conducta humana; no existe una libertad jurídica que sea ontológicamente independiente de la libertad metafísica de las personas: las normas jurídicas hablan de una conducta humana metafísicamente libre.

Una manera de conciliar el antagonismo entre pensadores que separan dos tipos de libertad y otros que afirman que se trata de una sola noción de libertad, es diciendo con éstos últimos que en verdad se trata de una misma noción, pero afirmando con los primeros que las normas jurídicas toman un aspecto de esa libertad, a saber, el aspecto cotidiano, externo, empírico, observable, que se puede categorizar o conceptuar bajo las nociones de lo permitido, lo ordenado y lo prohibido. Y este aspecto está restringido al ámbito empírico, social, de la libertad. Pero además, como advertiremos después, en algunos casos la libertad de la que habla el derecho bien puede ser ajena también a la libertad empírica o fenoménica.

II. LA NOCIÓN DE LIBERTAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS²

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Constitución) encontramos varios usos o significados de la libertad bajo los términos libre, libertad, libremente, autonomía. Recordemos tres de esas aplicaciones del término “libertad”:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley (artículo 24).

² Esta discusión se mantiene ajena a todo dualismo ontológico de la libertad.

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el estado (artículo 60.).

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes (artículo 11).

El artículo 24 consagra la libertad de creencia religiosa; el artículo 60. la expresión de las ideas³ y el 11 la libertad de tránsito y de residencia. Las tres son consideradas como derechos fundamentales de las personas,⁴ es decir, derechos o facultades que nadie puede interferir o disminuir, sean otras personas o instituciones.

Pero ¿de qué libertades se trata?, ¿cuál es el contenido o significado de “libertad” en esos usos?

En el trabajo presente busco elucidar el significado o contenido de la libertad que informa esos tres artículos entre otros. Si se trata de una noción de libertad jurídica ¿cuál es su contenido y cómo se relaciona con otras nociones de libertad, muy importantemente con la noción metafísica de la libertad?

Hay múltiples formas en que el derecho implica al concepto de libertad, pero baste recordar que si no se asumiera que las personas son libres no tendría sentido elaborar normas, aprobar códigos, llevar a cabo juicios, imponer sanciones o penas, etcétera. Las normas jurídicas —y primordialmente las normas constitucionales— presuponen la libertad de las personas a las que van dirigidas esas normas y buscan que las personas las obedezcan o de lo contrario se expongan a las sanciones que esas mismas normas estipulan. El derecho presupone con la ética, la política, la historia, la economía, entre otras, la propiedad del mérito, de lo que merecen las acciones u omisiones de las personas.

Empero, hay asimetrías entre la libertad y el derecho, pues mientras el derecho implica o presupone la libertad, ésta no presupone o implica al derecho como se colige de las sociedades primitivas que existieron sin normas

³ Que nos hace recordar a lo que afirma la primera enmienda de la Constitución USA “El congreso no hará ley alguna...que coarte la libertad de palabra o de imprenta...”.

⁴ Sobre el concepto de persona puede consultarse mi libro *Las personas*, UNAM, 1995. Pienso que estos tres derechos reflejan algo muy importante del concepto de persona.

jurídicas. Algunos teóricos sostienen que en una sociedad ideal no es necesario que exista el derecho y otros más sostienen que en una sociedad futura el derecho quedará eliminado como algo innecesario.

Hay un fenómeno que incrementa la perplejidad que engendra la noción de libertad jurídica, a saber, que el legislador y el juez pueden crear libertad cuando no existe tal en una sociedad o en un grupo o en algún individuo: así por ejemplo, un juez puede determinar que un ciudadano es responsable e imponerle una pena, cuando es el caso de que ese individuo estaba impedido de una manera radical y nunca pudo hacer otra cosa, es decir, nunca pudo ejercer su libertad. Sobre esto volveremos.

De acuerdo con esto la libertad aparece como algo intrínseco a las personas mientras que el derecho aparece como algo dispensable. En la vida cotidiana, la libertad nos aparece como algo inescapable: no sabríamos vivir sin pensar que somos libres y además sin ser de alguna manera libres. Una persona que carece de todo tipo de libertad parece algo ininteligible. Una persona puede carecer de esta u otra libertad, pero no de toda libertad. Es necesario que una persona merezca alabanza o reprobación por las acciones que ha llevado a cabo o por sus omisiones. El mérito o el castigo van adheridos a cada una de nuestras acciones u omisiones y a nuestra vida toda.

Sin embargo, a pesar de lo aferrado que está el concepto de libertad en nuestras vidas, es posible que no exista tal libertad y que por el contrario, que el mecanismo sea el caso, es decir, el determinismo universal; en cuyo caso la experiencia de la libertad devendría algo ilusorio, una especie de fuego fatuo. Pero además, si el mecanismo es el caso, entonces se abre la posibilidad de que exista el derecho sin esa libertad, es decir, que no haya ni libertad empírica ni libertad jurídica, una hipótesis que choca enormemente al sentido común.

Nuestra cuestión se puede poner de la siguiente manera: ¿cuál es la libertad que mientan las normas arriba citadas de la Constitución?

Procederé de la siguiente manera: resaltaré dos notas dentro del significado o contenido de la libertad, en seguida introduciré el concepto jurídico de libertad, para después confrontar ambos conceptos y para finalmente concluir con lo que es esencial y específico en la libertad jurídica, como aparece en la Constitución.

III. EL CONCEPTO DE LIBERTAD⁵

Un concepto tiene intensión significado o contenido, y extensión o dominio. En la intensión del concepto de libertad encontramos la intensión primaria que se da en la experiencia consciente de las personas y consiste en un *qualia*⁶ de espontaneidad y de autonomía. En primera persona se experimenta el surgimiento u origen de la acción a partir de un deseo o de un motivo propio. También se experimenta la acción propia como algo que podemos llevar a cabo o no y si lo hacemos la llevamos a cabo sin la oposición de fuerzas adversas que nos impidan acometerla, sujeta siempre al control propio. Esta es la experiencia consciente de la libertad que toda persona disfruta naturalmente. El disfrute de esta experiencia común es compatible —como lo apuntamos antes— con la existencia del mecanismo o determinismo en el mundo. Podemos tener esos *quale* de libertad aun si no existe tal libertad.

Por otra parte, no conocemos al presente la naturaleza de ese *qualia*, no sabemos si denota una propiedad o si refiere a otra cosa. Solo tenemos la experiencia consciente de esa cualidad que algunos denominan sentimiento de libertad. Padecemos una ignorancia fundamental sobre la naturaleza y sobre el contenido de la libertad.

Las personas tienen facultades cognoscitivas y facultades conativas o voluntad o querer. La voluntad o el querer se ejemplifica en acciones que conllevan o integran esos *quale* de libertad. Hay entonces una ambigüedad en este concepto de libertad, por una parte denota una facultad o potencia y por la otra denota los *quale* que ocurren junto con otros estados mentales como el deseo, la intención, etcétera, mismos que ocurren desde el inicio de una acción dada, por medio de su desarrollo, y hasta su conclusión.

El ejercicio de la libertad incluye por una parte la espontaneidad u originación —misma que se puede categorizar con el concepto de causa— de

⁵ En este apartado me expreso en forma general y sin el debido rigor; en otros trabajos elaborados en los últimos años me ocupo de la libertad de una manera más completa y rigurosa. Véase la nota 12, más abajo.

⁶ La noción de “*qualia*” y su plural “*quale*”, se refiere al contenido cualitativo de una experiencia, por ejemplo, la rojez de un rojo o la dolorosidad de un dolor. En el caso de la libertad el *qualia* refiere a un cierto tipo de sensaciones corporales de “alejamiento”, “ir hacia” de músculos que se contraen de miembros que se mueven, etcétera. Sobre la noción de *qualia* puede consultarse mi libro citado en la nota 10 y el artículo de Ned Block en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (SEP).

la voluntad o del querer y el subsecuente control de los estadios de la acción intencional, y por la otra, la autonomía como la falta de compulsión o determinación: ambos aspectos se integran en la agencia humana. Todo esto se da en la experiencia consciente, aun cuando no se dé por completo, pues, por ejemplo, cuando actuamos no experimentamos la total ausencia de condicionamientos o determinaciones.

La libertad como originación o como causa se la llama libertad positiva, mientras que la libertad como autonomía se la suele llamar libertad negativa. Existe una conexión entre ambas, a saber, sólo existe la originación si existe la autonomía: sin autonomía ya no hay lugar para originar o causar, ya no puede darse la espontaneidad y con ella la agencia, por lo tanto la libertad negativa es una condición necesaria de la libertad positiva. Si existe la autonomía habrá lugar para que ocurra la originación, pero no es necesario que ésta ocurra como lo muestra el caso de la *akrasia*,⁷ por lo tanto, no basta la libertad negativa para que ocurra la libertad positiva.

Es posible que la facultad o propiedad de la libertad no aparezca por completo en la experiencia, como señalé antes. Quizá la libertad es algo que tiene una realidad más allá de la experiencia consciente, algo que sólo aparece en forma difusa o indeterminada en la consciencia. Más aún, tal vez la libertad sea un hecho que no sólo no conocemos sino que es incognoscible, un Noúmeno por ejemplo, como pensó Kant. En tal caso habría por un lado la libertad consciente y por el otro la libertad que yace más allá de la consciencia, una que no aparece en la experiencia, una que la trasciende. Y si tal es el caso, habría que determinar cuál es la naturaleza y carácter de la relación que existe entre ambas —si una puede supervenir de la otra, por ejemplo— o si es el caso de que no exista relación alguna.

En contraste con esta distinción entre libertad aparente y libertad trascendente, la libertad se da en grados: hay más o menos libertad y correlativamente, hay mayor o menor experiencia de la libertad. Una persona puede creer que no es libre, aun cuando lo es, y puede pensar que cuenta con menos libertad de la que (realmente) tiene. Este carácter gradual de la libertad aparecerá más adelante.

Ahora nuestra cuestión aparece más determinada y podemos expresarla diciendo: ¿es la libertad de la que habla la Constitución la libertad común

⁷ El concepto de *akrasia* fue desarrollado en la filosofía griega y es central para la filosofía moral; el ákratos se percata de lo que es bueno, pero padeciendo una voluntad débil, no lo lleva a cabo. Consúltese la *Ética* a Nicómaco y los artículos relevantes en la SEP.

que experimentamos en la experiencia consciente y que también observamos en los demás, o se trata de una libertad que yace mas allá de nuestra experiencia, o bien no se trata de ninguna de las dos?

IV. LIBERTAD Y MECANISMO

La nota de la espontaneidad u originación requiere de la nota de la autonomía o ausencia de determinación del querer de tal manera que si no existe autonomía tampoco existirá la espontaneidad u originación y por tanto no existirá la libertad. Y esto es precisamente lo que sucede bajo la hipótesis del mecanismo —el cual es una forma de determinismo— que elimina toda autonomía de la voluntad y por ello mismo vuelve ilusoria la espontaneidad u originación. Bajo la hipótesis del mecanismo, todo suceso, hecho o cosa está necesariamente determinado por las leyes de la física y ésta constituye un sistema cerrado que no admite ni de excepciones ni de duplicación. Lo que el mecanismo implica es que la libertad no es algo ontológicamente real y que a lo más que puede aspirar la libertad es a ser algo aparente, empírico, dado en la experiencia común, nunca algo con realidad metafísica.⁸

⁸ Conviene considerar la idea de un determinismo fuerte, encarnada en la hipótesis del mecanismo metafísico: si tal mecanismo es el caso, entonces:

- No existe la libertad metafísica: los hombres no deliberan, ni eligen, ni llevan a cabo aquello que eligen: todo está determinado de antemano
 - Las normas jurídicas no ordenan ni producen las conductas: todo está decidido y determinado de antemano: está determinado que haya normas, que se produzcan normas, que haya estado que impone el cumplimiento de las normas, que haya jueces que juzgan y condenan
 - Todo el pensamiento humano, las creencias, los deseos, las intenciones, los intentos, las acciones particulares, etcétera, están determinados de antemano fatalmente: nada pueden hacer las personas para alterarlos o para sustraerse de su determinación absoluta
- Esta es la tesis que estamos considerando y enfrentando y cuya refutación exige de un argumento demostrativo que nadie ha podido formular.

De acuerdo con este mecanismo, lo que afirman los tres artículos de la Constitución citados al comienzo de este trabajo, está totalmente determinado desde el inicio del mundo y de las personas en él: está determinado que existan las personas, que exista el derecho, que el Constituyente formulara esas normas y que los jueces las aplicaran, así como está determinado que queramos creer en tal o cual credo religioso, que queramos expresar tales o cuales ideas, y que queramos movernos a tales o cuales lugares. Todo eso está determinado fatalmente paca nuestra experiencia y nuestras creencias.

Si el determinismo es el caso: ¿Qué es entonces la libertad jurídica? Es otra forma de apariencia: es otra forma en que aparece a la consciencia como libre lo que está fatalmente determinado: vivimos como libertad lo que no es libertad.

En nuestros días la ciencia cognitiva propone una forma renovada de negar la responsabilidad, el mérito, y con ellas la libertad, la libre agencia. Es la hipótesis mecanicista de Hobbes en una nueva forma.⁹

Esta amenaza a la libertad la han visto muchos grandes pensadores en el pensamiento filosófico occidental y algunos han recurrido a postular un concepto de libertad metafísico, más allá del concepto empírico dado en la experiencia, y con esta postulación han querido salvar la objeción que impone el mecanismo. Subrayemos que el mecanismo empuja la discusión de la libertad a un plano metafísico, pues hace patente que los hechos de la experiencia no bastan para decidir la cuestión que introduce la hipótesis del mecanismo y por lo tanto se tiene que ir a otra dimensión en donde se pueda afirmar la LM y donde tal vez se pueda dirimir esa cuestión ontológica.

Se impone la siguiente imagen: la libertad jurídica es una construcción o estipulación que fraguan las normas y el aparato judicial, algo que no necesita existir en el mundo y en las personas, sino algo que está estipulado por el orden jurídico de manera que cuando la norma establece que si 'X acaece entonces deberá sancionarse Y' la norma no dice que el acaecimiento de X sea un acto de libertad sino que estipula que lo es y pasa a determinar la sanción que deberá aplicarse al actor. Si es o no libre en el sentido real de que habla la metafísica, es algo a lo que ni las normas ni los jueces pueden abocarse y decidir: ellos sólo establecen condicionalmente el acto inicial que una vez llevado a cabo desencadena la sanción prevista en la norma y ni aquel que ejecuta el acto ni el juez que aplica la sanción se determinan como libres: la ley estipula que son jurídicamente libres justo en la medida en que uno actuó como estipula el antecedente de la norma y el otro, el juez, actúa como estipula el consecuente de la norma: si de hecho fueron libres —y esto requiere de la falsedad del determinismo metafísico— es algo que la ley ni el legislador ni los jueces pueden determinar, algo que se les queda afuera, algo ajeno; algo a lo que no alcanza su dominio. Metafísicamente una conjetura posible, dado lo anterior, es que la libertad que estipulan las normas del orden jurídico, mantiene una afinidad o correspondencia con el hecho metafísico de la libertad, cualquiera pueda ser éste. Pero tal afinidad o correspondencia no puede probarse mientras no podamos acceder a la libertad metafísica misma y esto implica, en parte, mientras no eliminemos o probemos como falsa la tesis del determinismo. Así es como podemos entender la intención de los que afirman que $LJ = LM$, y también podemos comprender la tesis de los que afirman que $\sim(LJ = LM)$ como entendiendo que los juristas no sabemos al presente que sean idénticas y por lo tanto más vale que por ahora dejemos de lado la LM como algo aparte de la LJ y nos ocupemos solamente de ésta. Son dos intenciones teóricas: una motivada por las cuestiones últimas, la otra, por el interés jurídico.

⁹ Una síntesis del estado que guarda esta cuestión se encontrará en "The Challenges of Contemporary Neuroscience to Desert-Based Legal Institutions", Michael S. Moore, *Social Philosophy and Policy*, vol. 29, 2011.

La noción metafísica de la libertad (LM) se puede escindir en dos, a saber, como una noción física—no existe la libertad—o como una noción no necesariamente física, como una potencia trascendente del alma humana, que puede ser como un noúmeno.

Esta noción metafísica de la libertad incrementa decisivamente la dificultad que enfrentamos pues ahora tenemos que especificar el concepto de libertad jurídica a la vez frente a la libertad experimentada en la experiencia consciente y observada en la conducta de las personas (LC), y además frente a la otra noción de la libertad metafísica (LM) que yace mas allá de esa experiencia.¹⁰

V. LA LIBERTAD JURÍDICA

La libertad jurídica se especifica en tres rubros, a saber, lo que el orden jurídico—el conjunto de las normas jurídicas—estipula como lo ordenado, lo prohibido, y lo permitido. Lo permitido es todo aquello que no está ni ordenado ni prohibido. Lo ordenado es todo aquello que debemos hacer so pena de sufrir una sanción. Lo prohibido es todo aquello que debemos omitir so pena de padecer una sanción.

En las normas constitucionales anteriormente citadas se permite creer en todo lo que nos plazca—aun cuando sean creencias absolutamente absurdas o irracionales—con las excepciones que allí se establecen. Concor-

¹⁰ Algunos metafísicos contemporáneos han introducido la noción de superveniencia para lidiar con varias dificultades conceptuales en la metafísica de las personas. Tal es el caso de la relación entre la libertad que se da en la experiencia y la libertad metafísica. Esta noción de superveniencia se establece entre una base B y aquello S que superviene de esa base y se dice que S superviene de B y que B subviene a S. La idea fundamental consiste en mantener la mismidad de la base subveniente aun cuando lo que superviene sea diverso. Contando con esta relación ontológica podemos fijar con precisión la situación conceptual de la libertad jurídica en los siguientes términos: o bien la LJ superviene de la LM o bien no lo hace. Si superviene, entonces toda LJ será LM y ésta será la base—física o tal vez Noumenal—que subviene a la LJ. Si la LJ no superviene de la LM entonces surgen cuatro posibilidades, a saber, la LJ:

1. Solo es experiencia o fenómeno, dada en la introspección o en la conducta.
2. Es ilusión carente de realidad ontológica.
3. Es un posit dentro de la construcción jurídica.
4. Es inefable: es un hecho sui generis del que nada podemos decir.

Sobre la noción de superveniencia puede consultarse el capítulo 1 de mi libro *¿Qué son las propiedades psicológicas?* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003 y varios artículos de la SEP.

dantemente se ordena a toda otra persona que respete las creencias ajenas y se prohíbe toda interferencia por parte de otras personas o instituciones al ejercicio de las creencias religiosas que profesen otros individuos. Otro tanto puede afirmarse de la libertad de expresar las ideas y de la libertad de movimiento, etcétera, que estipulan los artículos 6o. y 11.

Parece obvio que los artículos de la Constitución antes citados se refieren a la libertad consciente que se exhibe en la conducta de las personas y que podemos captar en la experiencia o mediante la percepción sensible. Esa libertad es algo común y tanto las personas —sean jueces o no— no tienen dificultad en reconocerla y determinar si se la ha coartado o se la ha inhibido de alguna manera. En general, se juzga con facilidad si una persona es libre o no apelando a los datos que suministra la experiencia; sin embargo, podemos equivocarnos juzgando libre a una persona que no lo es.

Por otra parte, conviene observar que esos tres tipos de libertad estipulados en la Constitución son centrales para las vidas de los seres humanos como se infiere, por ejemplo, de las luchas que se han librado en diversos países a través de la historia para asegurar su implementación y su respeto. La disminución o supresión de esas tres libertades es típica de sociedades en las que prevalece el miedo, la desconfianza, la intolerancia, el fanatismo y las supersticiones. Una sociedad en la que se eliminan esos tres tipos de libertad es una sociedad con seres humanos sumamente disminuidos, espectrales.

VI. LAS ASIMETRÍAS ENTRE LIBERTAD Y DERECHO

Existe una primera asimetría entre la libertad y el derecho, pues mientras la libertad no requiere ni implica al derecho, este parece depender de la existencia de aquélla. Puesto de otra manera, la libertad puede existir sin que exista el derecho mientras que la existencia del derecho presupone la existencia de la libertad, por lo menos como LC. Al nivel de la experiencia consciente esta asimetría parece cierta. Veamos un poco más esta asimetría.

La libertad nos aparece como un concepto inescapable: no sabríamos prescindir del concepto de libertad en tanto que somos personas, mientras que la historia nos dice que hubo sociedades con personas sin la existencia de un orden jurídico. Algunos pensadores conciben sociedades ideales en las que no hay necesidad de un orden jurídico con ordenamientos y prohibiciones.

Pero hay otra asimetría representada por una posibilidad ontológica mas imperiosa, a saber, la tesis del mecanismo, al que aludimos arriba, según el cual puede no existir la libertad (autonomía) ; sin embargo, seguiría existiendo el derecho. La hipótesis del mecanismo introduce un concepto de libertad que no es el concepto empírico, dado en la experiencia común, sino un sentido que debemos denominar metafísico.¹¹ Por lo tanto, habría libertad en el sentido empírico y libertad en el sentido metafísico, más allá de la experiencia consciente.

Así resulta que de acuerdo con la primera asimetría puede existir la libertad—a la vez empírica y metafísica—sin el derecho y según la segunda asimetría puede existir el derecho sin la libertad en el sentido metafísico solamente, pero sí puede existir en el sentido de LC.

Pero podemos ir más allá para ver que las normas y los jueces pueden crear una libertad que no exista ni empírica ni metafísicamente: cuando un juez decide que una persona es responsable de un hecho criminal, se le está atribuyendo libertad a ese sujeto aún cuando bien puede ser que el sujeto en cuestión no disfrutaba de esa libertad al momento de ejecutar la acción criminal que se le imputa. En este caso el derecho atribuye responsabilidad sin que exista libertad: ni LC ni LM. O tal vez tengamos que decir que en algunos casos el derecho afirma la existencia de una libertad *sui generis* que no es la libertad empírica ni la libertad metafísica.

Es importante observar que un juez no podría determinar si una persona es metafísicamente libre, es decir, si su agencia no cae bajo el dominio del mecanismo, o bien si la persona es libre más allá de lo que es observable. El juez no tiene los medios para determinar la realidad metafísica de la libertad de las personas. Lo que el juez puede hacer es decidir que la libertad de una persona ha sido violada, por ejemplo, que se ha violado la libertad religiosa de una persona si se la ha amenazado con violencia corporal en caso de que siga creyendo en la divinidad de un ídolo. La prueba de tal violación apelará a la evidencia empírica, con hechos observables y descriptibles por cualquier persona normal, etcétera, y no podrá extenderse a probar que la persona es metafísicamente libre, es decir, realmente libre, más allá de las observaciones empíricas del caso. Pero aun esas observacio-

¹¹ No puedo exponer el contenido de este concepto metafísico de la libertad. La intuición que alimenta la idea de LM es la de una propiedad o potencia real, trascendente, necesaria para las personas. En otros trabajos la expongo: La metafísica de la libertad y Kant on Freedom, ambos inéditos.

nes o determinaciones empíricas pueden dejarse de lado en algunos casos en los que algún juez puede sentenciar que se le ha violado la libertad de movimiento a una persona cuando esa persona estaba impedida de moverse por factores neuro-fisiológicos.

Un juez no comprendería lo que se le pide si uno de los actores en el proceso le exige que decida si además de las pruebas que pueden ofrecerse, el juez determine si tanto el ofensor como el ofendido son realmente, ontológicamente libres. En verdad, tal exigencia es ilegítima, no sólo ante un juez sino ante cualquier persona común.

VII. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD JURÍDICA

La libertad jurídica¹² se especifica a partir de los enunciados-prescripciones legales o normas, las cuales estipulan o determinan:

1. Lo que está permitido.
2. Lo que está ordenado.
3. Lo que está prohibido.

Lo permitido + lo ordenado + lo prohibido = el universo de la libertad jurídica.

Una forma de apreciar la naturaleza de este universo es apelando a la metodología de mundos posibles. Consideremos cuatro mundos jurídicamente posibles:

¹² Una fuente importante de perplejidad la constituye la libertad moral. ¿La libertad de que habla el derecho es = la libertad moral? Kant afirma que es la misma pero considerada en su aspecto exterior.

Otros pensadores afirman que son diferentes con varios argumentos, a saber:

- i. que tienen diferente alcance o ámbito-dominio,
- ii. que tienen diferente naturaleza: por ejemplo, la LJ deriva de convenciones y/o estipulaciones, mientras que la L-moral es algo intrínseco,
- iii. que [L-moral — ser persona] y que [ser persona — L-moral],
- iv. que la L-moral es absoluta, pues sólo si es absoluta habrá responsabilidad moral o mérito moral.

No es este el lugar para dirimir la cuestión de la identidad o diferencia entre L-moral y LJ, pero baste la enumeración de las 4 tesis anteriores para dejar establecido que hay razones para separar la LJ de la L-moral y para aceptar que un juez, por ejemplo, no necesita ni asumir ni probar que existe o existió L-moral en el caso de una violación del derecho de libertad religiosa o de libertad de imprenta.

1. Un mundo posible en el que todo está regulado = todo esta ordenado o prohibido o permitido explícitamente.
2. Uno en el que todo está ordenado = toda acción cae bajo alguna obligación = no existe libertad.
3. Uno en el que todo está prohibido = un mundo sin libertad
4. Uno en el que todo está permitido o en el que nada esta ni ordenado ni prohibido= total libertad.

Esta consideración de mundos posibles nos deja ver la naturaleza de la libertad jurídica: las normas pueden determinar la cancelación de la libertad pública (3) y, sin embargo, las personas conservaran mucha de su libertad psicológica o metafísica; o bien las normas pueden permitirlo todo (4) y esto no convertirá a las personas en totalmente libres pues ellas pueden carecer de muchas otras libertades, por ejemplo, por padecer limitaciones fisiológicas o psicológicas.

Por lo tanto, la legislación posible nunca puede abrogar toda la libertad y tampoco puede conferir el disfrute de una libertad total a las personas. Esto indica que la libertad jurídica es una convención que concierne al ámbito social, publico, del ejercicio de la libertad y necesariamente mantiene silencio sobre otros tipos o ámbitos de la libertad. Más importante aun es que el legislador habla de la libertad como un bloque sin ser sensible a la graduación en la que se da la libertad: en una acción dada el agente es más o menos libre, actúa con una mayor o menor libertad. En un mismo crimen el agente puede actuar una vez con casi total libertad y en otra ocasión con un mínimo de libertad.

VIII. DOS TESIS SOBRE LA RELACIÓN LJ Y LM

Según vimos más arriba hay dos tesis sobre la relación que guarda la LJ con la LM, a saber, la tesis que dice que la LJ es diferente de la LM y la tesis que dice que son una y la misma libertad o que son idénticas: llamémoslas la tesis de la diferencia TD y la tesis de la identidad TI, respectivamente.

Podemos expresar la diferencia entre la TI y la TD de la siguiente manera:

Tesis de la identidad: el derecho en la libertad: la extensión de la LM queda incluida dentro de la extensión de la LJ: toda la LJ queda incluida en alguna parte de la LM o bien porque reduce la extensión de la LM a la LJ, o finalmente porque LJ y LM tienen la misma extensión.

Tesis de la diferencia: la LJ queda fuera de la LM: la extensión de la LJ queda total o parcialmente fuera de la extensión de la LM ya sea porque la LJ es otra cosa o porque no existe la LM, por ejemplo, debido a la verdad del mecanismo, o porque la LJ es sólo una parte o un producto de la LM.

1. *La TI*

La TI puede tomar la forma de afirmar que LJ y LM son idénticas sin más; pero puede ser menos exigente y afirmar que el derecho es una de las formas que asume la LM, siendo esta última propiedad más amplia. La LJ sería idéntica con una parte o aspecto de la LM. Empero, no existe prueba demostrativa de la TI.

2. *Contra la TI*

TI es la tesis de que la libertad metafísica no es la libertad jurídica. Un fuerte argumento en contra de la identificación entre ambas surge, como vimos antes, de la posibilidad del mecanismo metafísico.

Si el mecanismo es el caso, no existe la libertad metafísica y la libertad empírica es sólo apariencia sin realidad ontológica; pero aún así puede existir la libertad jurídica. La tesis se puede poner así: las personas no son realmente libres, sólo son aparentemente libres y pueden ser jurídicamente libres. Según esta tesis la libertad jurídica nunca es la libertad metafísica sino algo diferente de ella, a saber, una estipulación o un posit, o una construcción a partir de la libertad empírica dada en la experiencia o de alguna otra propiedad humana.

IX. LA LIBERTAD EN LA CONSTITUCIÓN

Ahora podemos poner nuestra cuestión de la siguiente manera:

La libertad de la que habla la Constitución, por ejemplo, como una garantía individual, como una propiedad de las personas que el estado debe respetar:

¿Es la libertad que aparece en nuestra experiencia común?

¿Es la libertad metafísica, que yace más allá de la experiencia?

¿Es un tercer tipo de libertad, por ejemplo, la libertad moral?

X. LOS VARIOS TIPOS DE LIBERTAD QUE CONSIDERA EL DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN

La Constitución acota el dominio de la libertad y ordena o prohíbe algunas libertades políticas, económicas, sociales, de consciencia, etcétera. Ella parece referirse a libertades empíricas, comunes, de la experiencia cotidiana. Lo que dice tiene la forma de un hipotético que concluye con la amenaza de coerción: “debes hacer x y si no lo haces se te aplicara la sanción y”, así, por ejemplo, “debes abstenerte de interferir con la libertad de creencia de los demás y si no te abstienes e interferies se te aplicara la sanción y”. Otro sería: “debes de abstenerte de interferir con la libertad de expresión y si lo haces se te aplicará la sanción z”.

Un caso crucial de la libertad de consciencia es la libertad de pensamiento y la libertad de creencia. Respecto de esta última recordemos que la constitución dice: “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley”, artículo 24.

El texto anterior afirma una potestad o señorío respecto de las creencias o fe religiosas así como de la práctica de su respectivo culto, condicionando esta potestad a alguna prohibición específica en alguna ley. Es pues una permisión general y todo acto de coerción, amenaza, violencia, etcétera, que pueda acotar, impedir, o prohibir esa libertad de creer es ilegal y traerá consigo la aplicación de sanciones. Veamos específicamente la violación de esta garantía:

Si la libertad consiste en la facultad de originación y de autonomía entonces se violará la garantía de L-creencia cuando se coarta o impide esa originación y esa autonomía. ¿Y de qué maneras se impiden esa originación o esa autonomía?

Una forma es impidiendo la formación de otras creencias adicionales o la modificación y el refinamiento de las creencias con las que ya se cuenta.

Generalmente se piensa en la libertad con criterio negativo: no impedir, no estorbar, no condicionar, etcétera, no violar la autonomía. No se piensa en una libertad positiva de hacer, de realizar, de llevar a cabo, de crear, de causar, de efectuar, de instrumentar, que es lo específicamente humano.

La libertad positiva de creer requiere que se potencien las capacidades de las personas para tener mejores y más claras creencias, para ir más allá, hacia más creatividad, con mayor libertad, hacia mejores creencias religio-

sas. Esto es algo que no se considera generalmente y en la Constitución no se establece. Lo mismo sucede con la libertad de expresión y con la libertad de movimiento. Recordemos que en el caso de la libertad de creencia el artículo 24 de la Constitución se limita a permitir “profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto...” es decir, cubre el adherirse o asumir alguna creencia religiosa y la práctica de los actos de culto que van junto con esas creencias: el artículo permite o confiere esa potestad a los individuos o personas. Si los individuos quieren creer algo o cambiar sus creencias religiosas, la Constitución les permite hacerlo sin restricciones; de esa permisión se infieren la obligación a terceros de abstenerse de interferir con la elección de creencias y de actos de culto y correlativamente la prohibición para todo individuo o institución de interferir, impedir, obstaculizar, disminuir, etcétera, ese tipo de adhesión y de actos. Pero es una libertad negativa, nada dice que incida o promueva el incremento o la total espontaneidad de creer o pensar.

Las garantías de la libertad de pensamiento, de la libertad de expresión y de la libertad de movimiento son esenciales para la realización y el florecimiento de las personas, lo son cada una de ellas y lo es el conjunto de las tres. Estas tres garantías de libertad resultan centrales para ser una persona.

Cada una de estas garantías puede disfrutarse en grados y plenamente o bien su disfrute puede estar suspendido del todo.

El legislador atiende el aspecto negativo de la libertad de estas tres garantías, a saber, no impidas la elección y ejercicio de algún credo religioso, no interfieras con la expresión de las ideas y no impidas el movimiento de las personas. ¿Nada dice respecto a la libertad positiva? ¿Cómo puede atender la libertad positiva de cada una de esas libertades?

Consideremos la libertad de creencias: esta libertad es una parte de la libertad de pensamiento, la cual—desafortunadamente—no fue consagrada en el texto de la constitución. No es difícil concebir cómo es posible desarrollar e incrementar el disfrute de la libertad de creencias. Si se incrementa la capacidad de pensar se incrementará la capacidad de creer en esta religión o en la otra, o bien de no creer en ninguna. El incremento de la capacidad de pensar comprende una variedad de áreas —el pensamiento propiamente dicho, la imaginación, la memoria, la capacidad inferencial, etcétera— y de varios aspectos. Si una persona incrementa su capacidad de pensar y de razonar estará en mejores condiciones de elegir mejores creencias religiosas. Y esto es en gran parte lo que provee otra garantía constitucional, a saber,

la de la libertad de educación expresada en el artículo 3o. que establece dos principios del carácter que debe tener la educación, a saber:

La educación que imparta el Estado tendera a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentara en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

i. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

ii. El criterio que orientara a esa educación se basara en los resultados del progreso científico, luchara contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

En este artículo 3o. se establece la garantía de recibir una educación impregnada de valores, mismos que exigen que dicha educación se mantenga ajena a toda doctrina religiosa y, correlativamente, una educación de tipo racional, basada en la práctica de las ciencias y en los descubrimientos científicos, todo como un antídoto a las supersticiones, los prejuicios, los fanatismos, los atavismos, las servidumbres y las múltiples formas de la irracionalidad.

El artículo 3o. constitucional complementa la libertad positiva de la libertad de creencia (y la de pensamiento que esta presupuesta) establecida en el artículo 24; establece la forma de incrementar la libertad de creencia, la capacidad de creer más y mejor, manera de desarrollar los sentimientos y deseos religiosos en formas creativas, fecundas, satisfactorias.

Otro tanto puede decirse de la forma en que el legislador puede y debe atender las libertades positivas de expresión y de transito: de expresarse más y mejor y de cambiar de residencia.

En el caso de la libertad de expresión el artículo 6o. establece que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque...” lo cual garantiza sólo negativamente que no se hagan inquisiciones de tipo judicial o administrativas e inmediatamente señala una serie de limitaciones —menciona la moral, los derechos de tercero, la alteración del orden publico— formuladas en forma general, como rubros, que al dejarlos sin especificar abren el camino para una serie de peligrosas interferencias que bien pueden desembocar en la anulación de esa libertad. La escasa libertad negativa que afirma el artículo se limita en forma tan vaga que viene a quedar severa

y peligrosamente comprometida. Más aún, la mayoría de las personas no han desarrollado la capacidad de expresar sus ideas y no cuentan con los diversos medios para ejercerla así sea mínimamente, de manera que no es una opción para ellas ejercer esta garantía. En este caso también el artículo 3o. aporta elementos que incrementan la libertad de expresarse mediante el ejercicio del aprendizaje, del incremento de la capacidad de pensar, de razonar, etcétera, pues la expresión de las ideas está relacionada necesariamente con el ejercicio del pensamiento y del razonamiento.

Finalmente, la libertad de movimiento se afirma en forma irrestricta en el artículo 11 diciendo “Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia...”. Este enunciado es contundente permitiendo el movimiento irrestricto tanto de entrar al territorio nacional como para moverse a su antojo dentro de él y para fijar residencia en cuantos sitios se antoje. La permisión es general y no señala ninguna limitación. Correlativamente deja su ejercicio a la capacidad motriz de la persona, a sus capacidades económicas, etcétera, si puede y quiere moverse, puede hacerlo, pero si enfrenta obstáculos naturales o impedimentos psicológicos, económicos, sociales, etcétera, no podrá ejercerla del todo o podrá ejercerla sólo de forma parcial. Aquí, de nuevo el contenido del artículo 3o. aporta elementos cruciales para el incremento de la libertad de movimiento; las decisiones de a dónde ir, cuando hacerlo, presuponen el pensamiento y las creencias correctas, los razonamientos válidos, las decisiones oportunas.

XI. LIBERTAD POSITIVA Y DERECHO

El derecho como instrumento de regulación y mejoría social, puede cumplir la función de mejorar a las personas, de superarlas, de lograr su excelencia, su florecimiento.

Una forma crucial de alcanzar esa meta positiva consiste en el incremento cualitativo del disfrute de sus varias libertades.

Ese disfrute no sólo requiere de asegurar las libertades negativas o la autonomía, sino de potenciar o incrementar las libertades positivas, de enriquecer la potencia de originar, de incrementar la espontaneidad creadora de los ciudadanos. Por una parte la LJ tiene que preservar la autonomía de las personas y por otra tiene que asegurar las condiciones que permitan a esas personas originar o hacer, con más y mejor espontaneidad. Pero la forma

en que se concibe la legislación es principalmente negativa, limitándose a la preservación de la autonomía o ausencia de determinación o compulsión, sin trascender esa libertad negativa avanzando a una actitud que prohíje la espontaneidad, originación o incremento de esas y otras libertades. Sin embargo, al relacionar creativamente los contenidos del artículo 3o. constitucional encontramos que incluyen o implican modalidades que pueden contribuir fecundamente en el ejercicio de las tres tipos de libertad consideradas, atendiendo a su carácter positivo y no sólo al negativo.

Empero, estamos muy lejos de conocer como implementar los contenidos del artículo 3o. debido a nuestro desconocimiento de las propiedades psicológicas. Así, por ejemplo, no sabemos lo que subyace a la irracionalidad, a los prejuicios, a los atavismos y demás; no conocemos sus causas y la manera eficaz de contrarrestarlas y de tornar a los agentes a una vida libre en que puedan realizarse desarrollando sus múltiples y variadas posibilidades. No conocemos cómo cuantificar los grados de libertad, esto es, cómo cuantificar cuánta libertad es necesaria para la supervivencia y el florecimiento de las personas.

XII. CONCLUSIÓN

El universo de la libertad jurídica queda acotado de esta manera: están las libertades (empíricas) que son en general ordenadas o prohibidas en las normas, so pena de recibir una sanción si se las vulnera, y además, queda el ámbito de todo lo que está permitido, a saber, todo lo que no está ni ordenado ni prohibido y este ámbito coincide con el resto de la libertad empírica de las personas: se trata de un ámbito en el que las personas gozan de potestad o señorío y en el que pueden hacer u omitir según les venga en gana, sin temor a ninguna interferencia por parte del estado, de otras instituciones o de los particulares y siempre con el derecho de repeler a cualquier persona o institución que interfiera con el disfrute de esta potestad o señorío. En este ámbito de libertad de señorío o de potestad podemos encontrar una coincidencia con la libertad metafísica, pero tal coincidencia carece de necesidad, pues si la libertad metafísica no existe, aun se sostiene esa potestad o señorío que otorga el derecho o la Constitución, y no sabríamos nunca si la libertad jurídica de creencia o de consciencia es también libertad metafísica, aun cuando podemos suponer o creer en su identidad. Sobre tal creencia o suposición el derecho necesariamente tiene que guardar silencio.

La tesis es que la libertad de la que hablan las leyes es una libertad externa, en la conducta observable: si alguien me impide creer en *x* —porque me intimida, amenaza, o ejerce violencia— eso basta para que un juez lo condene por violar mi garantía individual de la libertad de creencia y ese es el fin del asunto. Sin embargo persiste la cuestión: ¿violó mi libertad metafísica? Esa cuestión —cualquiera que sea ella— no le interesa al derecho ni al juez. En cambio, sí le interesa a la moral y a la metafísica: si soy moralmente responsable ello implica la existencia de una libertad real, intrínseca, metafísica, absoluta, que es la que está en juego en cada uno de mis actos morales, y si no hay ese tipo de libertad, entonces no hay algo moral en la acción en cuestión. El bien y el mal moral implican la libertad metafísica; lo permitido, lo prohibido y lo ordenado solamente implican la libertad pública, aparente. La libertad pública o aparente puede estar relacionada con la libertad metafísica, pero tal relación aparece como contingente, nunca como necesaria; salvo argumento demostrativo en contrario.

La cuestión de la LM no es una cuestión que goce de simpatía para los juristas en general. En cambio las cuestiones que introducen dentro de la libertad experimentada en la experiencia cotidiana tanto la libertad negativa o autonomía como la libertad positiva o espontaneidad, son de una naturaleza más ingente para las personas o ciudadanos, algo cuyo estudio riguroso puede redituarse en mejores normas, normas que sostengan el florecimiento de los ciudadanos. Y bien puede ser que estas cuestiones empíricas dependan a su vez de la cuestión que introduce la libertad metafísica.

Concluyo expresando mi tesis en términos modales: la libertad jurídica LJ es posible puesto que no encierra contradicción, pero su posibilidad física queda en cuestión debido al determinismo; la LJ no es necesaria en ningún sentido metafísico de necesidad puesto que pueden existir personas y sociedad sin derecho. Finalmente, LJ es contingente, en parte porque toda libertad lo es en su entraña misma, y en parte porque el derecho descansa en convenciones de varios tipos, y más importante aún, porque no es metafísicamente necesaria: ¿Y por qué tendría que serlo? La respuesta a esta profunda cuestión debe atenderse en otro ensayo, uno que pertenece a la metafísica.

