

Carlos García Torres

La libertad como condición fundadora del derecho

RESUMEN: El presente artículo comienza planteando una visión sistémica del Derecho anclada en raíces romanas creadoras de un sistema orgánico y conceptual independiente. Sobre esta base se defiende la idea de la libertad como condición necesaria y fundadora de los sistemas éticos y jurídicos. A partir de aquí se hace evidente la existencia de una aporía fundamental entre una condición necesaria, que no puede ser definida por sus consecuencias contingentes, y los intentos de definición y uso de la noción de libertad en sistemas jurídicos que resultan ser consecuencia de esa condición.

PALABRAS CLAVE: Aporía; Libertad; Derechos Humanos; Estado de sitio; Estado de excepción.

Liberty as Founding Condition of Law

ABSTRACT: This article begins by proposing a systemic vision of Law anchored in Roman roots, creators of an independent organic and conceptual system. On this basis, the idea of freedom is defended as a necessary and founding condition of ethical and legal systems. From here, the existence of a fundamental aporia between a necessary condition, which cannot be defined by its contingent consequences, and the attempts to define and use the notion of freedom in legal systems that turn out to be a consequence of that condition becomes evident.

KEYWORDS: Aporia; Liberty; Human Rights; State of Exception; State of emergency.

El Derecho como sistema orgánico y conceptual

Establecer la idea del Derecho como un sistema orgánico y conceptual tiene algunas aristas iniciales que deben tenerse en cuenta. El primer pilar en el que podemos basar esta idea es la teoría sociológica sistémica de Niklas Luhmann (2004), que, para los fines del presente artículo, podría resumirse diciendo que postula un modelo en que la sociedad opera de forma análoga a los sistemas

► **Carlos García Torres**- Departamento de Ciencias Jurídicas. Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador. Cátedra UNESCO de Ética y Sociedad en la Educación Superior. **Autor de correspondencia:**  cegarcia@utpl.edu.ec  <http://orcid.org/0000-0003-1170-6765>

biológicos. En tal virtud, la sociedad tiene también diversos subsistemas que permiten su supervivencia. Entre ellos se encuentra el subsistema jurídico. Resultará importante para la mejor comprensión de lo que sigue dejar sentado que nos separamos de las ideas de Luhmann en cuanto al código dual (indeterminado y subjetivo) de justicia /injusticia como elemento cohesionador y guardián de la estabilidad del sistema y en su lugar proponemos la hipótesis del Derecho como un sistema orgánico y conceptual heredero del sistema original creado en Roma. Es decir que engloba tanto órganos de la estructura estatal encargados de la administración de justicia como los conceptos fundamentales que guían la emisión de las normas y las formas de razonamiento de abogados y de los encargados de la administración de justicia. Agregando que estos conceptos fundamentales y estas formas de razonamiento tienen su límite en las fronteras del sistema que fueron trazadas por el Derecho romano.

La libertad como piedra angular de sistemas éticos y jurídicos.

La tesis principal de este trabajo es la idea de la libertad como fundamento de cualquier sistema religioso o ético. Para desarrollar esta idea nada mejor que acudir, en primer lugar, a Santo Tomás de Aquino que establece el fundamento de la propia naturaleza humana en la libertad de elección.

El hombre difiere de las criaturas irracionales en tener dominio de sus actos. Por lo tanto, solamente aquellas acciones de las cuales el hombre es dueño pueden llamarse con propiedad humanas. Este dominio de sus actos lo tiene por la razón y la voluntad; por eso el libre albedrío se llama 'facultad de la voluntad y de la razón'. En consecuencia, sólo se podrán considerar como acciones propiamente humanas las que provienen de una voluntad deliberada (Santo Tomás,1979).

Resulta claro que sólo de acuerdo a esta libertad de elección será posible concebir el sistema religioso de castigos y de recompensas; porque si el ser humano estuviera sometido a un ciego determinismo entonces no sería responsable de su conducta. La idea inicial de Santo Tomás es defendida, siglos después, desde la orilla protestante, por Cristian Thomasius, un jurista de la ilustración que hace hincapié en el crucial aspecto de la voluntad libre como fundamento que precede y supera a los sistemas religiosos y aún a los jurídicos. La siguiente cita resulta

enormemente esclarecedora y servirá para defender los puntos de vista que más adelante se sostienen:

¿Puede un príncipe ordenar que una falsa doctrina no sea enseñada y propagada si toma en cuenta que la enseñanza y la propagación son actos de la voluntad? No se pueden dar leyes para todos los actos de la voluntad; por ejemplo para la generosidad, para la piedad, para la gratitud, etc. Es moralmente imposible para un hombre no hablar de las cosas que él toma por ciertas y correctas, o que él pueda hablar cosas diferentes de las que cree. Algunas cosas que son moralmente imposibles pueden estar sujetas a las leyes, pero esto no puede extenderse a la propagación de la religión. No hay daño para la sociedad política en tal propagación, solamente hay daño en la tiranía sobre la conciencia. (Thomasius C. 2007:163).

Immanuel Kant, en su “Crítica de la Razón Práctica” estableció, con el rigor que lo caracteriza, la necesidad de la libertad como piedra angular de cualquier sistema ético. Siguiendo las ideas de Kant, creo que puede afirmarse también la necesidad apodíctica de la libertad como fundamento de cualquier sistema jurídico. Como resulta lógico el trabajo de Kant en la “Crítica de la Razón Práctica” tiene directa relación con su trabajo previo en la “Crítica de la Razón Pura”. Por eso de manera muy breve conviene recordar que en esta primera crítica el filósofo busca encontrar los fundamentos no metafísicos de la ciencia que, a su vez, tampoco estén incluidos en los fenómenos contingentes. Dicho de otra manera, busca axiomas básicos para las ciencias que no surjan de la experiencia, sino que tengan una existencia independiente y previa (a priori) sin que sean tampoco construcciones metafísicas de la imaginación. La tarea, así planteada parece imposible, pero Kant, como es bien conocido, resuelve el problema a través de dos percepciones inevitables, la sucesión y la extensión, es decir, el tiempo y el espacio que existen antes de cualquier experiencia sensible. A partir de aquí encuentra los esquemas que permiten relacionar la realidad con las categorías que surgen de esas percepciones iniciales. En la “Crítica de la Razón Práctica” (y también en la “Fundamentación Metafísica de las Costumbres”) Kant trata de hacer algo parecido. Quiere encontrar unos cimientos éticos que guíen la voluntad humana y que no se extraigan de la experiencia de forma tal que no pueda considerarse que existimos en un flujo inevitable de causas y efectos. Para Kant esto constituye un problema muy grave porque si entramos en la dinámica de causa y efecto esto significa que el ser racional envuelto en ella

carece de responsabilidad porque lo que sucede (teniendo siempre una causa) necesariamente sucederá sin que intervenga la voluntad humana. De manera que para poder asignar responsabilidad sobre conductas reprobables es necesario encontrar un fundamento que sea previo a la experiencia. Si se mira bien, este anhelo puede ser aplicable tanto a sistemas éticos como a sistemas jurídicos. ¿Pero cómo encontrar este fundamento? Kant razona en que una norma tiene dos partes, una estructura fundamental, y un contenido que llena esa estructura. El contenido siempre es contingente porque es tomado de la experiencia, pero con respecto a la estructura, su mera existencia, nos demuestra que es una característica única de los seres humanos y constituye su forma exclusiva de escapar del flujo de la causalidad. Solo el ser dotado de razón es capaz de concebir la forma básica de una norma que Kant llama “forma legisladora universal” en donde reside el fundamento de su libertad (Kant, 2013). A su vez se erige a la propia libertad como el sostén de cualquier sistema ético. Atrevidamente podríamos agregar que también de cualquier sistema jurídico.

A partir de este razonamiento, de forma obligatoria deberemos referirnos a las ideas de Andrew Fagan y su “Choice theory approach” que defiende “la capacidad de la libertad individual como característica distintiva de la humanidad (...) “Ser un agente humano es poseer ambas la condición de libertad y suficientes oportunidades para ejercer esa libertad” (...) “El ideal de la libertad es central a la doctrina de los derechos humanos” (Fagan, 2012: 15). Por tanto, la libertad sirve como fundamentación suficiente de los Derechos humanos. En esta línea Alan Gewirth agrega establece la autonomía como sustento de los Derechos humanos y resume su teoría así:

Primero señalo que la agencia o acción es el asunto común materia de toda moralidad y toda práctica. Y entonces muestro que cada agente, actual o prospectivo, de manera lógica, debe tener o debe aceptar que él y todos los otros agentes prospectivos tienen ciertos derechos, a saber: derechos a las condiciones necesarias de acción y acción exitosa en general. Yo los llamo derechos genéricos porque son derechos a tener las características genéricas de acción y acción exitosa –libertad y bienestar- que caracterizan la conducta de uno (Gewirth,1985:235).

Es decir que este autor postula ya la libertad como condición necesaria e indispensable (apodíctica) de los derechos humanos.

Con estos antecedentes llegamos a la propuesta central de este artículo que se concreta en la afirmación de que la libertad es la condición necesaria para cualquier sistema jurídico. Es decir que si no existe libertad en el ser humano para escoger un determinado curso de acción individual no es posible la existencia de ningún sistema conceptual y normativo con poder coercitivo. La libertad constituye el único anclaje de un sistema jurídico que no está ligado al propio sistema, es decir que, por necesidad lógica (como ha demostrado Kant), es previo a cualquier norma. Cualquier otro axioma inicial fatalmente se encontraría envuelto en el mismo orden normativo que trata de fundamentar. Podría afirmarse que la libertad antecede a la ley fundamental (obedece al primer legislador) de Hans Kelsen. La libertad, por otra parte, y como ya anotara Kant es de muy difícil definición:

Esta observación se refiere especialmente al concepto de libertad, del cual se debe notar con asombro como tantos presumen todavía de poder comprenderlo muy bien y de poder explicar su posibilidad pero sólo si lo consideran en su aspecto psicológico, mientras que si lo hubieran examinado primero con cuidado desde el punto de vista transcendental, habrían tenido que reconocer su indispensabilidad como concepto problemático en el uso completo de la razón especulativa y también su completa incomprendibilidad. (Kant, 2005).

La aporía fundamental de la libertad

Existe una aporía comparable a la aporía del ser en Aristóteles que parafraseando la enunciación que de ella hace Umberto Eco (1997) podría formularse diciendo: sí tomamos el ser como fundamento del pensar y del decir ¿cómo podemos definirlo si al hacerlo utilizamos las mismas herramientas a las que el ser da origen? Lo mismo ocurre con la libertad como condición esencial de los derechos humanos. Si esta condición no existe no se puede predicar nada acerca de los derechos humanos dado que al hacerlo necesariamente deberemos utilizar los elementos jurídicos a los que la libertad da fundamento. Veamos ahora si un argumento de este tipo puede funcionar no solo para los derechos humanos sino para el Derecho en general.

Partimos de la idea de que no estaban creando “Derecho” los pueblos de la antigüedad que expedían rudimentarios ordenamientos jurídicos que obligaban a súbditos y no a ciudadanos libres en el sentido en que este artículo asume la palabra “Derecho”. Como ha señalado Luhmann (2004) simplemente estaban creando una serie de prescripciones arbitrarias que, en primer lugar, no constituían un sistema y, en segundo lugar, no contenían una base conceptual que hiciera comprensible al súbdito la necesidad del cumplimiento de la norma más allá del castigo. De forma que sí un desgraciado habitante de Babilonia quería respetar las normas del Código de Hammurabi sólo podía hacerlo siendo dueño de su voluntad, es decir, siendo libre, al menos en su fuero interno. Pero como la falta de conocimiento y de conceptualización le impide cualquier meditación o crítica resulta claro que, en este caso, precisamente por la falta de libertad, no puede predicar nada sobre el pseudo derecho de esas épocas. Podría argüirse que en los tiempos actuales la ausencia de cultura jurídica lleva a este mismo resultado, pero frente a este argumento se puede decir que, en este caso, se trata de una carencia individual del ciudadano y no una característica del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si tal cosa puede decirse de las etapas pre jurídicas ¿cómo podremos demostrar (al menos lógicamente) que la falta de libertad impide reflexionar y decir sobre el Derecho actual? La mejor forma parece ser volver al argumento aristotélico sobre el ser que es, en definitiva, el mismo argumento de Kant para la libertad. Si se quiere definir un elemento que “a priori” fundamente una serie de razonamientos (en este caso razonamientos jurídicos) mal puede utilizarse uno de los razonamientos subordinados. Por tanto, como ya habíamos adelantado y siguiendo la idea de Kant sólo la libertad puede servir como axioma inicial para la construcción del edificio del razonamiento jurídico. Pero es necesario insistir en la diferencia de la idea de libertad que se menciona en los ordenamientos jurídicos de la condición esencial de la voluntad que fundamenta esos mismos ordenamientos.

Como hemos visto en párrafos anteriores las libertades que los ordenamientos jurídicos señalan pueden considerarse como libertades subordinadas que no son lo mismo que la libertad determinante de la voluntad a la que se refiere Kant. Esta libertad necesaria, por su misma naturaleza, escapa a las definiciones relativamente fáciles que tienen las libertades subordinadas. Por ejemplo, de manera simple y siguiendo el Pacto Internacional de los derechos

civiles y políticos definimos a la libertad de tránsito como “el derecho de circular libremente”. En el mismo sentido podemos definir la libertad de religión como “la posibilidad de elegir la confesión religiosa que se considere verdadera”. Es decir, cada una de estas libertades subordinadas tiene una correspondencia clara con el sistema jurídico y también pueden ser formuladas como “derechos”. Esto no ocurre con la libertad necesaria que precede y fundamenta los sistemas jurídicos por la sencilla razón de que al antecederles no puede encontrarse dentro de ellos. Por tanto, no existe una definición fácil e intuitiva de esta libertad fundadora. Además, emprender una tarea que a Kant le parecía insuperable está fuera de las posibilidades de este artículo.

Como vemos las libertades que se manejan en los ordenamientos jurídicos internacionales pese a ser muy importantes y poder ser llamadas “fundamentales” son en sí mismas contingentes y no pueden ser llamadas necesarias (en el sentido de apodícticas). Sólo es necesaria y no contingente la libertad fundadora que, de acuerdo a Kant y a los autores citados constituye la piedra angular de los sistemas jurídicos.

Tanto el Pacto de San José como el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos ilustran la aporía de la libertad en el sentido en que permiten que se restrinjan algunas libertades e impiden que otras se toquen. ¿Por qué razón algunas libertades se pueden limitar y otras no? A mi entender la razón reside en que las libertades que son intocables se refieren a un elemento inicial de los derechos humanos: la dignidad humana. Pero la dignidad humana, desde el comienzo de las disquisiciones filosóficas ha sido determinada por esa libertad fundadora a la que venimos aludiendo según se explica a continuación.

Como es bien sabido, entre otros muchos filósofos griegos (y entre ellos el propio Aristóteles) fueron los estoicos los que se preocuparon de perfilar el concepto de dignidad humana. Los estoicos y entre ellos Crisipo consideraron que todos los seres humanos participamos de un soplo divino y que, por esta razón, todos somos iguales y tenemos una dignidad que nos es intrínseca. Esta dignidad tiene también su base en el uso de la razón que es la posibilidad de auto determinarse, es decir, de ser libres. Se reafirma de este modo la relación entre la libertad y la dignidad humana. Volvemos ahora a Kant quien partiendo de la “Fundamentación Metafísica de las Costumbres” y en la ya mencionada “Crítica de la Razón Práctica” encuentra que la libertad como característica definidora

del ser dotado de razón le otorga una dignidad intrínseca de “fin en sí mismo” que no es sino la moderna idea de la dignidad humana. Nos dice Kant:

Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámanse personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios (Kant, 2007: 42).

Es decir que se demuestra que el mismo concepto de “dignidad humana” que ampara a esas libertades no por fundamentales menos subordinadas también proviene de aquella libertad esencial y fundadora en la que hemos venido insistiendo.

De lo que se ha señalado fluye naturalmente que durante los gobiernos de facto y aún en los regímenes democráticos cuando se establecen estados de excepción se da una negación tácita de esta libertad fundadora y, por tanto, una negación del propio Derecho. De lo cual se puede inferir, a su vez, que el sistema jurídico en estos casos carece tanto de fundamentación como de consistencia, con las graves consecuencias que es de prever.

Conclusiones:

1. La libertad como condición necesaria y fundadora de los sistemas éticos y jurídicos ha sido concebida y defendida por muchos filósofos, pero solo fundamentada lógicamente por Immanuel Kant.
2. La idea de la libertad como fundamento moderno de los derechos humanos tiene amplio prestigio en el mundo académico
3. Cuando se niega la libertad fundadora se niega todo el ordenamiento jurídico.
4. 5, Existe una aporía fundamental entre la libertad como condición anterior que no puede ser definida por los elementos condicionados

posteriores que constituyen los sistemas jurídicos.

5. Esta aporía de hace aún más evidente en los regímenes de facto y en los estados de excepción que, al negar la libertad fundadora con múltiples abusos, niegan con ella el sistema jurídico que los ampara y les da sostén.

Conflicto de intereses: El autor declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio: el autor no realizó estudios en animales o humanos. **Contribución de cada autor:** C.G.T. confirma que ha conceptualizado, desarrollado las ideas y escrito el trabajo como único autor y ha leído y aprobado el manuscrito final para su publicación. Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) cegarcia@utpl.edu.ec.

Referencias

- Dewey J. (1963) *Liberalism and Social Action*. Capricorn Books, New York.
- Eco U. (1997) *Kant y el Ornitorrinco*. Editorial Lumen. Barcelona.
- Fagan A. (2012) "Philosophical Foundations of Human Rights". *Handbook of Human Rights*. Thomas Cushman Ed. Routledge.
- Gewirth A. (1985) "Why there are Human Rights" *Social Theory and Practice*, Vol. 11. Iss 2. Pp. 235-248.
- Grossman C. (1986). A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights. *American University International Law Review*. Vol I. Iss. 1.
- Kant I. (2017). *Crítica de la razón práctica* (Dulce María Granja Castro, Trad. 2nd.Ed) Fondo de la Cultura Económica.
- Kant I. (2013). *Crítica de la razón práctica*. (Roberto R. Aramayo Trad.) Alianza Editorial.
- Kant I. (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* Traducción de Manuel García Morente. Edición digital de Pedro Rosario Barbosa. Disponible en: https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf
- Luhmann, N., & Kastner, F. (2004). *Law as a social system*. Oxford University Press on Demand.
- Morris R. (ed.) (1962). *Documentos Fundamentales de la Historia de Estados Unidos de América*. Editorial Libreros Mexicanos Unidos S.A.
- OEA (1969). *Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José)*. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- OEA (1981) *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia*. Disponible en: https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/osi/cidh/OEA-SER-L-V-II-53-DOC-22_cap_1.html
- ONU (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Santo Tomás de Aquino (1979). *Suma teológica II,1,1*, en Fernández C. Ed. *Los Filósofos Medievales*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid. Tomo II.
- Thomasius, C. (2007). *Essays on Church, State and Politics*. Liberty Fund. Indianapolis.

Información sobre los autores

► **Carlos García Torres** es Profesor Titular en el Departamento de Derecho y Coordinador de la Cátedra UNESCO de Ética y Sociedad en la Educación Superior de la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador. Es Doctor en

Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Sus intereses de investigación se concentran en la bioética, la ética, la filosofía del derecho y el derecho romano. Es autor de obras como: *Derecho romano: una revisión sumaria* (Dykinson, 2011); *Derecho Romano* (UTPL, 2020) o *Sociología Jurídica* (UTPL, 2020). **Contacto:** Cátedra UNESCO de Ética y Sociedad en la Educación Superior, Universidad Técnica Particular de Loja, Calle Marcelino Champagnat s/n, 110107 San Cayetano Alto, Loja, Ecuador. — (✉): cegarcia@utpl.edu.ec — iD <https://orcid.org/0000-0003-1170-6765>.

Como citar este artículo

García Torres, Carlos (2021). « La libertad como condición fundadora del derecho». *Analysis* 31, no. 2: pp. 1–10.