

LA PREOCUPANTE DELGADEZ DEL IMPERIO DE LA LEY, LA LIBERTAD PERDIDA Y OTRAS DUDAS FILOSÓFICAS

Luis Rodríguez Abascal

Universidad Autónoma de Madrid

Hacia Paco y Liborio tengo mucho cariño, deudas de gratitud impagables, muchos acuerdos y algunas dudas sobre su obra. De un poco de cada cosa voy a hablar a continuación.

De Paco envidio su fabulosa capacidad, de la que carezco absolutamente, de aislar y describir en dos frases el núcleo de los problemas más complicados, la destreza de su escritura y el sentido del humor socarrón y provocador, que todavía hoy, recién jubilado, conserva la inocua malicia del niño travieso. Además, valoro extraordinariamente su crítica razonada al nacionalismo en condiciones de verdadero riesgo y en franca soledad en la universidad española. De Liborio, envidio sus conocimientos de práctica jurídica, su agudeza y rapidez dialécticas, la gravedad imponente, que modula y rompe a su antojo con una sonrisa o una buena broma, y admiro su eficacia, organización y coherencia personal e intelectual. También su capacidad de encontrar geometrías improbables donde los demás solo vemos desorden.

Sin el empujón de Paco, no me habría ido nunca por primera vez a los Estados Unidos, donde gracias a una carta suya llena de superlativos inverosímiles recibieron a aquel estudiante de doctorado apocado, justificadamente inseguro y con la tesis menos que a medias, tomándolo en serio, para mi pasmo y terror. Sin la generosidad de Liborio, me habría perdido dos experiencias formativas y de verdadero disfrute académico insustituibles: dos cursos suyos a los que me permitió asistir de oyente, uno de Ética y Derechos Humanos en 1998 y su último curso de Teoría del Derecho, en 2015.

La claridad, el rigor, el orden, la agudeza y la profundidad de los dos, en sus clases y en sus textos, son un modelo para mí. Aunque ambos han hecho lo posible por confundirme con su cercanía, afecto y disponibilidad, siempre he tenido muy presente la distancia intelectual que nos separa. De la relectura de sus trabajos para preparar este breve texto, esa convicción ha salido muy reforzada. Si para Manuel ATIENZA han sido dos hermanos mayores, para mí han sido más bien dos tíos cercanos a los que admiro y quiero mucho y de los que me habría gustado haber podido heredar siquiera un lejano parecido de familia.

1. COMUNITARISMO Y NACIONALISMO

Releyendo a Paco en busca de ideas para esta contribución he descubierto que mi deuda intelectual con él es todavía mayor de lo que siempre había pensado. En su artículo en *Doxa* de 1995, titulado «Comunitarismo y nacionalismo», esbozó ideas que incorporé en mi tesis y luego en mi libro sobre nacionalismo sin ser muy consciente de ello y, por tanto, sin citarlo tanto como habría debido. Mi discrepancia con la tesis central de aquel artículo me ocultó durante demasiado tiempo que allí había leído ideas que comparto y que me han sido muy útiles para armar mi propia perspectiva.

En realidad, Paco formulaba su conclusión con suma cautela. Se limitaba a afirmar que algunos corolarios del nacionalismo podrían ser justificados desde la lógica interna comunitarista. Eso me habría parecido inobjetable si hubiese sido lo único que sostenía. Del mismo modo que en los aeropuertos se ha generalizado ahora un diseño por el que se hace atravesar al viajero un interminable laberinto de tiendas y otras posibilidades de consumo antes de llegar a la puerta de embarque, Paco hacía pasar al lector de ese artículo, antes de presentarle aquella conclusión final tan cautelosa, por toda una reflexión en la que mostraba anaqueles surtidos de brillantes razones y argumentos que apoyaban la tesis mucho más comprometida de que hay entre el comunitarismo y el nacionalismo paralelismos estructurales y coincidencias sustantivas fundamentales para las dos posiciones. El lector que, atraído por algunos de esos argumentos los metiese en la maleta, llegaría a la puerta de embarque persuadido de que hay algún tipo de conexión estable y de peso entre comunitarismo y nacionalismo y predispuesto a dejar en tierra las cautelas que se ofrecían en el último momento.

Dos razones me impiden apoyar esa tesis de fondo: la heterogeneidad interna de ambas corrientes y la disparidad de su objeto. Entre corrientes de pensamiento tan heterogéneas resulta muy difícil establecer conexiones estructurales y sustantivas importantes que sean verdaderas para todas sus versiones y vayan más allá de un parecido superficial. Además, no tienen el mismo objeto. El comunitarismo es una teoría moral y, por tanto, una teoría moralmente densa, que gira alrededor de las preguntas de cómo debemos construir la subjetividad moral y qué papel deben desempeñar las concepciones del bien o la vida buena en nuestra concepción de la justicia. En cambio, el nacionalismo no es una teoría moral, sino un movimiento político que puede ser moralmente muy delgado o incluso carente por completo de compromisos morales directos o de primer orden, aunque haya versiones tan cargadas moralmente como muchas de las versiones comunitaristas, por ejemplo, los nacionalismos liderados por algún fundamentalismo religioso. Hasta aquí, lo que recordaba de aquel artículo antes de releerlo.

Sin embargo, ahora veo que Paco identifica la línea divisoria entre el nacionalismo y sus alternativas con algunos trazos que yo también dibujaría pocos años después, muy en particular, la dicotomía entre naturaleza y artificio. En efecto, el nacionalismo y el comunitarismo se ubican en ese eje en el lado de la naturaleza (en eso tiene razón, ese es su principal parecido), pues, tal y como dice Paco, ambos pretenden «hablarnos de realidades que tienden a estar más allá de la inevitable artificiosidad de la cultura, es decir, realidades naturales o muy parecidas a las naturales, en el sentido de que son imposibles de “construir” deliberadamente» (LAPORTA, 1995: 54) Para el nacionalismo

«hay una suerte de división natural de la especie humana» que otorga «una especie de derecho natural a desarrollar una dimensión política institucional» (*ibid.* 64), y eso produce, por tanto, un concepto natural de pertenencia o de ciudadanía (*ibid.* 65).

Esa creencia naturalista, esa necesidad ontológica que el nacionalismo le atribuye a la nación, opuesta a la contingencia convencional de la comunidad política del no nacionalista, no es una idea menor, sino una de mis convicciones centrales. Tampoco es novedosa. El mismo contraste quizá esté ya delimitado desde TÖNNIES y lo señalan estudios sobre el nacionalismo que cito en mis trabajos. Sin embargo, puesto que se lo leí a Paco en 1995, con seguridad debió influirme o reforzar esa idea siquiera de forma inconsciente.

Ahora descubro además al Paco que no había leído y encuentro en un artículo de *Sistema* de 1980, «Estado y violencia», ideas similares. Allí defiende que el estado en tanto que artificio humano, en tanto que invención histórica y mudable, es necesariamente emancipador, y que tratar de reemplazarlo por otros paraísos, ya sea el de la sociedad sin estado o el de la nación, supone un regreso a la esclavitud.

Para el hombre libre es mejor que no haya paraíso. Por duro que nos parezca hay que afirmarlo rotundamente: todo paraíso es inhumano; en él no hay tiempo porque no hay muerte, no hay muerte porque no hay violencia, y no hay violencia porque en su interior *ya* no se puede ser *malo*, es decir, ya no se puede ser *libre*. El uso de la libertad determina la expulsión irrevocable del paraíso porque es incompatible con él. Cuando el Estado «desaparece» preterido por uno u otro tipo de paraíso nos está esperando nuevamente el viejo mundo de los axiomas morales autoevidentes, o lo que es lo mismo, el mundo milenario de la represión (LAPORTA, 1980: 113).

En todos estos años, nunca me ha señalado que algunas de esas cosas que yo digo en mis escritos ya las había dicho él mucho antes, y mejor.

2. LA PREOCUPANTE DELGADEZ DEL IMPERIO DE LA LEY

Del espléndido último libro de Paco, *El imperio de la ley*, me inquieta la extremada delgadez de su concepto central, «imperio de la ley». Recordémoslo: la máxima densidad ética que le atribuye al imperio de la ley es «la exigencia compleja de que el ordenamiento jurídico esté configurado en su núcleo más importante por reglas generales y abstractas que administren un tratamiento formalmente igual a todos sus destinatarios, razonablemente estables, de fácil conocimiento público, carentes de efectos retroactivos y accionables ante los tribunales» (LAPORTA, 2007: 47).

Igual que a FULLER en su día, no cabe más remedio que preguntarle ahora a Paco qué clase de contenido ético mínimo es ese que enumera requisitos puramente formales compatibles con los contenidos materiales moralmente más atroces y casi con cualquier forma de gobierno. ¿No sería preferible llamar a esos requisitos «condiciones formales o funcionales» y evitar cualquier alusión a la ética? Flaco favor se le hace al individuo autónomo garantizándole un contexto de acción paramétrico en el que se le asegura la previsibilidad de que una dictadura lo esclavizará y torturará mediante reglas semánticamente autónomas generales, estables, públicas, no retroactivas, que tratan formalmente igual a todos los de su misma condición y son accionables ante los

tribunales. Si eso es el imperio de la ley, y nada más que eso, entonces no se merece el magnífico libro que le ha dedicado.

Me pregunto si Paco no se ha quedado corto al extraer las implicaciones últimas de su argumento. Si partimos del valor básico de la autonomía para agencia moral, y Liborio HIERRO tuviese razón, junto a KANT y el resto de la tradición liberal, cuando afirma la necesidad de los derechos humanos para la protección y el ejercicio de la autonomía, entonces para generar un contexto respetuoso con el individuo autónomo no basta con el Estado y la ley, sino que son imprescindibles los derechos humanos y la forma de gobierno que llevan aparejada. Así que debo preguntarle a Paco, ¿no sería coherente con el argumento de su libro pensar que cualquier imperio de la ley excesivamente delgado, ayuno de derechos humanos, quedaría lejos de la concepción de imperio de la ley que nos exige moralmente el valor capital que le otorgamos a la autonomía? ¿No exige su argumento engordar un poco al imperio de la ley?

3. LIBERTAD POSITIVA Y NEGATIVA

En su último libro, *Los derechos humanos: una teoría de la justicia*, Liborio HIERRO presenta un trabajo ambicioso, coherente y ameno, salpicado de ideas originales y valiosas, que se mueve con la misma solvencia por la historia de las ideas y la teoría del derecho, la ética y la filosofía política. Sin embargo, al leer su tratamiento de una de sus piedras angulares, la libertad, ya publicado antes, resurgen viejas dudas que ahora me fuerzo a ordenar y exponer.

En primer lugar, me parece que los conceptos de libertad positiva y negativa que maneja Liborio se acercan menos de lo que él piensa a los de Isaiah BERLIN. Para BERLIN la «libertad positiva» es sinónimo de «autonomía», la capacidad de gobernarse a uno mismo. «Libertad negativa», en cambio, es un ámbito de acción carente de impedimentos coactivos externos. La libertad positiva es «libertad para», y la negativa, «libertad respecto de».

En cambio, Liborio reduce la libertad positiva al ejercicio de la autonomía personal en condiciones de interdependencia» (HIERRO, 2016: 164). Lo hace sin llegar a explicar por qué y, a mi juicio, sin poder permitírselo: el concepto de autonomía individual en condiciones de *independencia* es una de las acepciones ineludibles del concepto de «libertad», con cuyo ejercicio escribió Liborio ese magnífico libro, y cimienta su teoría de la justicia. Tengo la impresión de que Liborio ha caído en la trampa de pensar que hay una correspondencia perfecta entre el binomio «libertad de los antiguos» y «libertad de los modernos» de CONSTANT y el de «libertad positiva» y «negativa» de BERLIN (HIERRO, 2016: 163), pero no la hay.

4. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD

En opinión de Liborio, «solo y exclusivamente la compatibilidad de la igual libertad de todos y/o las decisiones necesariamente interdependientes justifican la limitación de la libertad» (HIERRO, 2016: 165). Llamemos a esos dos requisitos el requisito

de la compatibilidad de las libertades y el de la interdependencia. Me pregunto si los considera condiciones necesarias y suficientes para justificar toda limitación de la libertad. La cláusula inicial «solo y exclusivamente» parece indicar que sí. Entonces, queda desplazado el criterio clásico de la teoría liberal: el principio del daño. Sin duda, el requisito de la compatibilidad de las libertades forma parte del principio del daño: ninguna libertad debe dañar a las demás. Ahora bien, la acción humana irrestricta puede causar otros daños también injustificables moralmente.

Seguro que Liborio convendrá conmigo en que cabe limitar justificadamente la libertad cuando la acción libre choca con (causa daño a) la seguridad o a la igualdad. Eso puede ocurrir en acciones que se pueden decidir y realizar con independencia de los demás. Más aún, habida cuenta de que «los derechos humanos no abarcan ni pueden abarcar multitud de dimensiones del bien» (HIERRO, 2016: 156), cabe también pensar que la libertad debe estar limitada si causa daños injustificables a bienes valiosos más allá de la libertad, la igualdad y la seguridad, por ejemplo, al patrimonio cultural de la humanidad, a la diversidad biológica o a los recursos del planeta. Por eso me pregunto si las condiciones que establece Liborio para limitar la libertad son condiciones necesarias o, tal vez, solo suficientes, y en ese segundo caso, si no habría que aumentar entonces la complejidad de su enunciación del derecho a la libertad.

5. DERECHOS Y TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

También quisiera pedirle a Liborio y a Paco una aclaración sobre su concepto de derechos humanos. En opinión de Liborio, nuestros derechos humanos entendidos en tanto que derechos morales básicos son el derecho a la seguridad, a la libertad y a la igualdad. Ahora bien, si esos son los derechos humanos, entonces la lista de la Declaración Universal, ¿qué contiene? Me confunde que llame «derechos humanos» tanto al derecho genérico a la libertad como a la libertad específica de expresión o a la libertad de reunión y asociación; tanto al derecho genérico a la seguridad como a los derechos específicos a la vida o no ser detenido arbitrariamente; tanto al derecho genérico a la igualdad como a los derechos específicos a no sufrir discriminaciones o a la igualdad ante la ley.

Si lo he entendido bien, los derechos de seguridad, libertad e igualdad son exigencias morales *necesarias*, mientras que los derechos específicos de la Declaración Universal y otras declaraciones son las técnicas de protección *contingentes* más adecuadas para un contexto dado. La estructura de fundamentación arbórea y dividida en niveles que propone Liborio tiene la gran virtud de explicar que la lista de los derechos sea indeterminada y especificable contextualmente manteniendo a la vez la universalidad de su fundamentación. Ahora bien ¿son «derechos humanos» todas las ramas del árbol? ¿Quizá podríamos decir, parafraseando a RAWLS, que en la teoría de Liborio la seguridad, la libertad y la igualdad son los *bienes morales primarios*, de cuya garantía y protección depende la agencia moral de los seres humanos, y que los derechos humanos de las declaraciones son el primer escalón de especificación contextual?

Sin embargo, me caben dudas de si esa posibilidad acaso no tropezaría con la opinión contraria de Paco LAPORTA, quien advertía hace años de que no hay que confundir a los derechos humanos con las técnicas de protección, es decir, que «cuando usamos

la noción de “derecho” no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un sistema normativo, sino a la razón [...] que se presenta como justificación de tales normas» (LAPORTA, 1987: 27-28) Paco insistía en que los derechos son *algo* que está *detrás* de las normas, pero no ponía ejemplos, y eso dificultaba precisar en qué nivel de abstracción se estaba moviendo. Sea como fuere, parece difícil que a Paco no se le presente el mismo problema: si no llamamos «derechos» a la lista de la Declaración Universal, porque quizá debamos considerarlos «técnicas de protección» de los derechos, entonces ¿cómo debemos llamarlos?, ¿y qué derechos tenemos? Y si esos son los derechos humanos, entonces ¿dónde están o qué son las «técnicas de protección?».

6. INFLACIÓN DE DERECHOS

Hemos visto que Liborio sostiene que los derechos son especificables contextualmente manteniendo a la vez la universalidad de su fundamentación. Además, ofrece un criterio de especificación: las necesidades de la autonomía. Por ejemplo, dice que «en un contexto social con un alto grado de comunicación escrita, la pretensión de recibir una alfabetización que permita operar en condiciones básicas de competencia comunicativa se convierte en un derecho humano» (HIERRO, 2016: 130). Por tanto, cabe especificar el contenido del derecho a la educación contextualmente a partir del valor universal que le otorgamos a la autonomía. No es poca cosa. SEN y NUSSBAUM están muy próximos.

Ahora bien, entonces me parece que Liborio no puede denunciar la inflación de derechos humanos, tal y como hace, en sintonía con Paco (HIERRO, 2016: 157-159; LAPORTA, 1987: 23). En la teoría de Liborio puede haber tantos derechos como sean necesarios para proteger la agencia moral de los seres humanos. La lista es indeterminada, porque cada contexto pedirá unas técnicas de protección u otras, pero no arbitraria: no hay más derechos que aquellos justificables de ese modo. Sean muchos o pocos, no cabe hablar de inflación, sino de los derechos humanos que nos corresponden, ni más ni menos. Y si en nuestras listas se cuelan «derechos que no son derechos» (HIERRO, 2016: 217), o derechos humanos que son derechos, pero no son derechos humanos, entonces el problema no es que haya inflación, sino un error moral. Me pregunto si Paco y Liborio estarían de acuerdo en que la coherencia les exige reemplazar su tesis de la inflación por esa otra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- HIERRO, L., 2016: *Los derechos humanos: una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons.
 LAPORTA, F. J., 1980: «Estado y violencia», *Sistema*, núm. 38-39, 111-124.
 — 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 23-46.
 — 1995: «Comunitarismo y nacionalismo», *Doxa*, núm. 17-18, 53-68.
 — 2007: *El imperio de la ley*, Madrid: Trotta.

