

LIBERTAD NATURAL, LIBERTAD JURIDICA Y LIBERTINAJE

APOSTILLAS A UNA TEORIA DE GARCIA MAYNEZ

Por el Lic. Juan B. CLIMENT.

La libertad, el bien máspreciado de la humanidad en toda su historia creadora, es también por esencia el mayor bien jurídico. Realizar la libertad en el derecho es el más alto signo de la civilización, y esto lleva implícito el problema de precisar, distinguiéndolo de la facultad innata en el hombre —el libre albedrío—, el concepto jurídico de la libertad, esto es, la libertad como derecho.

Para esclarecer el planteamiento del problema, convendrá remarcar esa distinción previa entre libertad natural y libertad jurídica. La primera es la que el hombre ostenta por su propia condición humana, es la facultad de autodeterminación, la libertad de la voluntad, y la segunda es la libertad en el ámbito jurídico, la libertad normativa. La libertad natural es un supuesto necesario para que el derecho sea posible, pero es un dato anterior e independiente respecto del derecho mismo; mientras que la libertad jurídica es una creación del derecho, que determina su existencia.

Todavía señala el jurista argentino, Sebastián Soler, una tercera acepción de la libertad, al apuntar en su libro, "Ley, Historia y Libertad", la siguiente clasificación tripartita:

"A.—Hay un concepto metafísico de libertad, al que podríamos llamar la libertad natural, es este su sentido más pleno y puro."

"B.—Hay un concepto jurídico de libertad, que representa solamente la empírica posibilidad en que el hombre es considerado por el derecho como capaz de entender sus preceptos y de seguirlos o no seguirlos."

“C.—Hay finalmente un concepto al que suele llamarse también libertad jurídica y que consiste en la facultad que a veces acuerda el derecho a un sujeto —que supone libre en el sentido de B— para escoger entre una pluralidad de posibilidades todas ellas lícitas”.

Mas en puridad sólo son admisibles la primera y tercera acepción. La comprendida en el punto B no se justifica, pues la posibilidad del hombre de acatar o infringir la norma, no es otra cosa que la libertad natural. No puede haber otro “concepto jurídico de la libertad” que el que “suele llamarse también libertad jurídica”, toda vez que sólo esta última confiere al individuo la facultad de un comportamiento potestativo. La facultad de observar una conducta ilícita, mal llamada “libertad antijurídica”, carece de sentido en el derecho, ya que lógicamente el hombre no es “libre” de observar una conducta prohibida.

Esa confusión, que proviene de no perfilar con nitidez el concepto jurídico de la libertad, queda excluida al compenetrarnos con la teoría del doctor Eduardo García Máynez; pues el maestro mexicano nos revela que la libertad jurídica no puede hallarse en la facultad abstracta de conducirse lícita o ilícitamente, ni tampoco en la de seguir una conducta lícita pero obligatoria, sino únicamente en la facultad de optar entre hacer u omitir lo permitido, es decir, entre el ejercicio o no ejercicio de un derecho. Así, el derecho de libertad es una facultad de elección entre varias conductas permitidas.

Definición negativa de la libertad jurídica

La teoría tradicional contempla la libertad jurídica desde un punto de vista negativo, en el sentido de considerar que una conducta es jurídicamente libre en tanto que no está ordenada ni prohibida; siendo definida como “el derecho de ejecutar u omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos”. En este respecto, la libertad jurídica se define por exclusión, como un reflejo del deber de respetar la zona de conducta potestativa, zona que no se halla jurídicamente configurada sino tácitamente permitida por el derecho. De acuerdo con esta teoría, cuando vamos al teatro o nos abstenemos de concurrir, mediante esa acción u omisión ejercitamos un derecho de libertad, resultante del deber general de no impedir nuestra asistencia o inasistencia a tal espectáculo.

Dicha teoría se corresponde con la concepción de Kelsen, respecto de que la conducta humana puede hallarse en triple relación con el orden jurídico: de sometimiento a la norma, que es el caso del sujeto de un deber jurídico; de creación de la norma, cuando participa en la formulación del derecho (directa o indirectamente, como legislador o elector del legislador); o bien, hallándose libre frente a la norma, sin tener la menor relación con ella: "En el primer caso —expresa Kelsen—, la relación del hombre con el orden jurídico es la de pasividad; en el segundo, la de actividad; en el tercero, la de negatividad".

La teoría kelseniana, sostiene por tanto que el ámbito jurídico de la libertad se halla indicado negativamente por la ausencia de regulación jurídica, debiendo ser considerado como un "espacio jurídicamente vacío".

De inmediato surge la extrañeza ante esta concepción de Kelsen, contradictoria de su positivismo jurídico, pues si para él no hay más derecho que el derecho positivo, no es explicable que pueda tener rango de validez jurídica un derecho que carece de regulación normativa, un derecho que está fuera del derecho.

Sin embargo, esa teoría se halla acorde con la sistemática de Kelsen, si recordamos que para el famoso jurista austriaco no existen propiamente derechos subjetivos; no hay más que un derecho objetivo. En su concepto, el derecho subjetivo es algo que no se puede ver, oler ni tocar, es algo que no puede materializarse jurídicamente. El derecho del acreedor a cobrar la deuda o el del propietario a usar y disponer de su propiedad, solo adquieren significación desde el momento en que los obligados a cumplir la norma jurídica que protege tal derecho se comportan con una conducta contraria, cuya conducta antijurídica provoca retributivamente la sanción de la norma, y es precisamente desde el punto de vista de la sanción —como expectativa o realización de ella— de donde proviene la caracterización de la norma jurídica. En su concepto, la auténtica norma jurídica no es sino un mandato que estipula una sanción. Más aún, "lo único que puede ser ordenado es la sanción", según explica al decir: "La norma jurídica no estipula el comportamiento constitutivo del deber jurídico. Unicamente el comportamiento opuesto, la conducta designada como "mala", "antijurídica" o "violatoria", aparece en la norma jurídica, como condición de la sanción, que es lo que dicha norma estipula".

Tales razonamientos conducen a Kelsen a afirmar la prioridad del derecho objetivo sobre el derecho subjetivo, pues este presupone la existencia de una norma jurídica protectora, al través de la sanción, ya que

sin ella el derecho subjetivo no pasaría de ser una mera pretensión: "Un derecho subjetivo es la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada". Y su definición viene a enlazarse con nuestro tema, cuando afirma: "Mi libertad jurídica es siempre la negación jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de una persona distinta. Tengo el derecho subjetivo de hacer algo, o de abstenerme de hacer algo, sólo por que o en cuanto otro tiene el deber de no impedir que lo haga o deje de hacerlo".

Pero esta formulación kelseniana, aunque de gran eficacia técnica, conduce, en el problema de la libertad jurídica, al extravío de situar en el orden de irrupción antes el reconocimiento de la facultad que la facultad misma, sin la cual no habría lugar a tal reconocimiento. Pues de otro modo, ¿cómo podría entenderse un deber jurídico de respeto hacia un derecho inexistente?

Con meridiana claridad lo ha objetado García Máynez: "De acuerdo con esta opinión, el derecho correlativo del deber que los otros tienen de no impedirme que pasee, no es el de pasear, sino el de exigir que ello no se me impida.—*Esto equivale a declarar que tengo el derecho de exigir que otros se abstengan de impedirme que haga lo que no tengo el derecho de hacer.* A tan extraña conclusión sólo puede llegarse cuando se olvida que la facultad correlativa de la obligación es un derecho absoluto y que éste puede ser ejercitado sin necesidad de exigir nada a los sujetos pasivos."

Definición positiva de la libertad jurídica

García Máynez repara que la teoría del "espacio jurídicamente vacío" echa en olvido dos cosas: "1) Que el sector de lo potestativo no está exclusivamente integrado por esas formas de conducta que no son objeto de una regulación *expresa*"; y cita el caso del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual "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 salvoconducto u otros requisitos semejantes..." "2) Que la circunstancia de que una conducta no sea materia de regulación no la priva de su carácter potestativo (en el supuesto, claro está, de que no se encuentre ordenada ni prohibida)." "Y agrega al respecto que 'el orden jurídico concede en

forma presunta la facultad de hacer u omitir lo que sus normas no ordenan ni vedan'."

Como se advierte, la tesis del maestro mexicano sitúa la libertad jurídica dentro del ámbito del derecho, como algo presuntamente admitido y hasta podría decirse "querido" por dicho ámbito, y, por ende, jurídicamente tutelado. Con la ventaja, frente a la posición negativa de Kelsen, de que así como éste contempla la libertad jurídica al margen del derecho en su virtud originaria, García Máynez la "afirma" dándole una formulación positiva dentro de la mecánica jurídica, lo que, a nuestro juicio, reporta estas importantes consecuencias: a) Proporciona al derecho de libertad la seguridad jurídica que es inherente a su existencia normativa, y que no merecería careciendo de títulos propios, es decir, siendo un mero reflejo de un deber ajeno. b) Esta posición afirmativa, tiene una proyección *activa*, en el sentido de que propende a ampliar y perfeccionar la esfera de la libertad jurídica, como la más noble expresión de la vida democrática, lo que no podría hacerse lógicamente sin conceder al derecho de libertad vida jurídica propia; en tanto que la posición de Kelsen conduce a una tendencia *pasiva*, toda vez que considera el ámbito de la conducta jurídicamente libre como un producto de la inhibición de la norma. c) Todo valor jurídico debe ser modulado en su esencia jurídica. La teoría kelseniana plantea el problema de la libertad como derecho, en un plano extrajurídico, como un valor no *pensado* ni *vivido* por el derecho; la posición de García Máynez le otorga, por el contrario, un tratamiento y una estructura propia dentro del orden jurídico, lo que permite depurar y robustecer su carácter normativo; y, en suma, permite al legislador, al juez y al jurista, operar no con un derecho resultante de lo que no es —lo no prohibido, lo no ordenado—, sino con el derecho que es.

Con arreglo pues a esta posición afirmativa, el derecho de libertad se considera como una realidad enmarcada y protegida en el orden jurídico, como un derecho que proviene precisamente de vivir en un régimen de derecho. Cuando paseamos por una ciudad, ejercitamos la libertad de realizar ese acto en virtud de vivir en una comunidad jurídicamente ordenada, lo cual nos reporta el beneficio de la libertad exterior. En este sentido, cuando la libertad exterior de una persona se recorta y cede ante la aparición de deberes que la constriñen, tal limitación es en aras de otra libertad exterior, en aras de otros derechos subjetivos de individuos o del Estado —en el caso del paseo, que nos estuviere vedado por invadir

propiedades particulares o por razones de interés público—, y en definitiva, seguiríamos afirmando un derecho de substancia propia. En ambos supuestos se trata de la afirmación jerárquica de un derecho, donde la sanción, lejos de ser su causa fundante, le acompaña a guisa de escolta policial.

Para llegar a su definición de la libertad jurídica, García Máñez aclara previamente lo que debe entenderse como derechos de ejercicio potestativo y derechos de ejercicio obligatorio:

“La teoría tradicional llama derechos subjetivos a las facultades que no se fundan en una obligación propia. Casi todos los autores consideran que no hay más derechos que los que nosotros llamamos independientes, para distinguir los de los que sólo pueden existir ligados a un deber jurídico o a otros derechos del titular. La facultad legal de la mujer, de pedir alimentos al marido, no se funda en un deber ni en otro derecho de la esposa y es, por tanto, independiente. La de pagar una deuda se basa en cambio en un deber propio y carece, por ende, de independencia. El deudor no sólo debe pagar, sino que está autorizado para hacerlo, y tal facultad deriva de su misma obligación. Este derecho al cumplimiento es el que denominamos *derecho del obligado*.

“Cuando se escucha por vez primera, el término resulta chocante. Estamos habituados a pensar que el sujeto pasivo de una relación sólo tiene deberes, y nos cuesta trabajo admitir que posea, además, el derecho de cumplirlos. Y es que, si aceptamos tal extremo, *a fortiori*, tendremos que reconocer al mismo sujeto el doble carácter de obligado y facultado, en relación con una misma conducta. En otras palabras: el deudor no solamente aparece como sujeto al cumplimiento de su obligación, sino como titular del derecho de cumplirla... El contenido de tal derecho, no puede ser otro que “la facultad de hacer lo que se debe”.

Ahora bien, por ser un derecho fundado en un deber, su ejercicio no es libre aún cuando es permitido; —“a esto se reduce el aserto de que todo el mundo tiene el derecho de cumplir sus propios deberes”—, y además constituye, como toda facultad jurídica, un derecho a la conducta ajena, con el deber universal correlativo de no impedir el cumplimiento de la obligación. Como ejemplo típico del derecho del obligado, García Máñez señala la reglamentación jurídica del ofrecimiento de pago y consignación de la cantidad debida, cuando el acreedor se rehusa sin justa causa a recibir la prestación adeudada.

Si el derecho del obligado pertenece al sector de lo permitido, más no es de ejercicio libre por fundarse en un deber, el derecho de libertad o libertad jurídica es concebido por el maestro mexicano como el fundado en un derecho y, por ello, concede al titular la facultad de optar entre su ejercicio o no ejercicio. Así vemos que lo jurídicamente permitido puede o no ser jurídicamente libre, en el caso de la facultad de cumplimiento de un deber; y sólo en la ramificación de lo lícito —permitido— potestativo, reside la verdadera libertad jurídica.

“Al hacer el estudio del derecho al cumplimiento de la propia obligación vimos como hay facultades que descansan en un deber; ahora descubrimos que un derecho puede también fundarse en otro derecho. Las facultades jurídicas fundantes de otras son precisamente las que no se fundan en un deber del titular. El derecho del obligado no puede ser fundante de otro derecho, puesto que se reduce a la posibilidad normativa de cumplir un deber jurídico. Los únicos derechos que pueden ser fundantes de otros son los independientes; esto es, los que no se basan en una obligación. Las expresiones *derecho independiente*, *derecho de ejercicio potestativo* y *facultad fundante* tienen igual significado y son, por ende, intercambiables”.

Con base en tales razonamientos, el doctor García Máynez construye su definición positiva del derecho de libertad, en los siguientes términos: “Libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio”.

Hay que hacer notar que, en su concepto, el derecho de libertad no es un derecho autónomo, sino dependiente o fundado, según nos lo explica al decir: “Más que una especie al lado de otros, dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos, es una forma categorial de manifestación de todos los que no se fundan en un deber jurídico. Lejos de constituir un simple reflejo de una obligación universal negativa, el de libertad aparece ligado a todas las facultades independientes, que en él encuentran la indispensable condición de su existencia autónoma”.

“El nexo entre tal derecho y las facultades que lo sustentan puede expresarse diciendo que estas últimas son de primer grado, en tanto que aquel es *de segundo*. La libertad, en sentido jurídico, es una *facultas optandi*, ya que consiste en el derecho, concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta”.

Así por ejemplo, el derecho del acreedor de cobrar su crédito, otorga el derecho subsecuente de optar entre el ejercicio o no ejercicio de aquél, y en esta facultad de opción reside propiamente la libertad jurídica del acreedor. Por consiguiente, el de libertad es un derecho de segundo grado, fundado en un derecho de primer grado, que es la facultad fundante o derecho independiente.

Las "Libertades Públicas"

Ahora bien, las llamadas "libertades públicas" son derechos de primer grado, toda vez que la libertad de pensamiento, de palabras, de trabajo, etc., constituyen derechos independientes. Empero, la libertad jurídica no se confunde con tales derechos, sino que radica en la facultad de optar entre el ejercicio o no ejercicio de los mismos. Es decir, una cosa es el derecho de emitir libremente mi pensamiento, y otra la facultad de optar entre expresar mi pensamiento o silenciarlo, en cuya facultad de opción consiste mi libertad jurídica, ya que si tuviera el derecho de emitir mis ideas pero al mismo tiempo me viera obligado a emitirlas necesariamente, en tal caso se trataría del derecho al cumplimiento de un deber, y no de un derecho de libertad.

La distinción que establece García Máynez es muy importante, porque frente a la opinión corriente de considerar la libertad jurídica como un derecho específico, nos la muestra como una "forma categorial", consistente en la facultad de ejercicio potestativo de un derecho.

De esta suerte, en otro ejemplo típico de "libertades públicas", como es el derecho de votar, encontraríamos que en aquellos países donde el ejercicio del voto es obligatorio, cuando el ciudadano acude a las urnas hace uso de un derecho, pero su conducta no es jurídicamente libre, porque el derecho de voto se funda en el deber de votar.

Así, el maestro mexicano nos revela que no todos los derechos, ni aún las llamadas libertades públicas, nos hacen jurídicamente libres, sino en tanto que engendran la "facultas optandi", única residencia de la libertad jurídica, lo que a nuestro juicio, constituye una valiosa aportación a la moderna ciencia del derecho.

En discrepancia con la doctrina de García Máynez, el distinguido jurista argentino, Carlos Cossio, ha dedicado gran parte de su libro, "Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad", a impug-

narla. Recorrer los complejos aspectos de la exposición de Cossio, requeriría un estudio especial. Resumiremos que, fundamentalmente objeta la distinción de García Máynez entre dos libertades, motejándola de escisión racionalista de la experiencia humana, pues en su concepto no hay más que una libertad: la libertad metafísica. Esta se proyecta en el derecho, no para ser una libertad distinta, sino como una especificación de la única libertad posible, la facultad de la voluntad. Para Cossio la libertad jurídica no es otra que la libertad metafísica fenomenalizada o libertad del querer, la exteriorización de la voluntad en todo el ámbito de la conducta no prohibida. Considera que la libertad como derecho se define en la facultad jurídica de observar una conducta, identificando a la facultad con la libertad misma, de manera que la libertad sólo es una y lo que varía es el contenido de la norma relativa a su ejercicio. Por ello se sorprende de que García Máynez no admita que el derecho de cumplir un deber entraña una libertad jurídica, pues en su opinión toda facultad jurídica implica tal libertad. Y propone sustituir el término "libertad jurídica" por el de "facultad de señorío", pretendiendo así concatenarla como una especificación de la facultad de obrar que se concreta en la posibilidad de elegir entre varias conductas permitidas.

Pero lo que hace Cossio es contemplar la libertad en un sentido ontológico, refiriéndose al *ser* de la libertad, en tanto que la teoría de García Máynez define la libertad en un sentido normativo, en su *deber ser*, que es la única perspectiva propia del derecho.

Claro que, desde el punto de vista ontológico, la libertad es siempre una, es siempre la facultad de la voluntad que toma especificaciones distintas, según el contenido moral, religioso o jurídico de la norma que la comprende; pero en el plano estrictamente jurídico, la libertad no es la facultad sino el facultamiento; no es la facultad de la voluntad sino la facultad que otorga la norma, de lo que se infiere que esta facultad normativa es variable y contingente como el orden jurídico del que dimana, contrariamente a la libertad de la voluntad que es por esencia inmutable e immanente.

Este error metodológico induce a Cossio a identificar los términos facultad jurídica y libertad jurídica, cuando hemos visto que lo primero puede entrañar la facultad de cumplir una obligación, y esa libertad de hacer lo que se debe hacer no admite elección, y por consiguiente no es verdadera libertad jurídica.

Por otra parte, la denominación de "facultad de señorío", con que pretende sustituir ventajosamente la "libertad jurídica" acuñada por García Máñez, adolece de imprecisión y vaguedad, pareciendo más bien un término literario, toda vez que esa facultad de señorío puede resolverse en la esfera de la intimidad personal —el señorío de los propios sentimientos—, sin ninguna trascendencia jurídica .

La teoría del abuso del Derecho

Una interesante consecuencia de la doctrina de García Máñez es que su aplicación nulifica la teoría del abuso del derecho; ya que, como el maestro mexicano explica, quien haya comprendido bien la esencia de la libertad, en sentido jurídico, tendrá que rechazar, por contradictoria, dicha teoría: "El titular de las facultades no fundadas en un deber propio es jurídicamente libre para ejercitarlas o no. Tanto el ejercicio como el no ejercicio son igualmente lícitos... Cuando un sujeto rebasa la linde de lo que jurídicamente puede hacer, penetra en el territorio de lo prohibido, y deja de ejercitar sus facultades legales. Donde el "abuso" empieza, el "derecho" termina. Los actos en que se cree descubrir el abuso de un derecho hállanse vedados, ya que, lejos de ser el "ejercicio" de facultades normativas, tradúcense en el incumplimiento de deberes. La expresión "abuso del derecho" es disparatada, y como tal debiera desterrarse de la terminología jurídica".

Pongamos el ejemplo del propietario de una casa que elevase un tapial con el objeto de privar de luz a la casa contigua. Ese acto estaría jurídicamente prohibido. Pero en tal caso, la facultad de elevar los muros de su propiedad no es potestativa, sino que se halla condicionada por el deber de no causar daño al vecino, y al incumplir ese deber, ello implica que carecía de derecho para hacer tal cosa. Por consiguiente, el abuso no es propio del mal uso o exceso en el ejercicio de su derecho, ya que el ejercicio de un derecho nunca puede resultar abusivo, sino que es propio de una conducta antijurídica, para la cual no se tiene derecho alguno.

Y bien, este punto de vista acerca del llamado abuso del derecho, nos ofrece una interesante perspectiva, trasladándolo a la esfera de la vida política. Una de las cuestiones más debatidas es la de definir el alcance de los derechos públicos en el Estado liberal. Este problema no se plantea en los Estados totalitarios, ya que en ellos se elimina toda posibilidad

jurídica de atentar contra la seguridad de las instituciones. Pero en el Estado liberal, vale decir en el "régimen de derecho", surge agudamente el problema de determinar hasta qué punto es lícito el ejercicio de las libertades públicas —dimanantes de los derechos constitucionales—, cuando su ejercicio pone en peligro la estabilidad de las instituciones.

Conviene aclarar que no debe involucrarse en esta cuestión, el "derecho de resistencia a la opresión", término tradicionalmente admitido a raíz de la famosa Declaración de Derechos del Hombre de la Revolución Francesa. Sólo en sentido figurado puede hablarse de tal derecho, ya que no puede tener cabida en el orden jurídico de ningún régimen, sea democrático o totalitario, pues el Estado se negaría a sí mismo admitiendo el derecho a la rebelión, y para permitir su ejercicio tendría que aceptar el ser calificado de opresor. El derecho de resistencia a la opresión, no es otra cosa que el recurso supremo de los ciudadanos de acudir a la violencia para derrocar un régimen tiránico, suplantándolo por un nuevo orden jurídico de acuerdo con las nuevas realidades revolucionarias, pero es indudable que al actuar así, lo hacen a sabiendas de que no ejercitan un derecho consagrado, sino al contrario, a sabiendas de que se desafía el orden jurídico imperante.

Un equívoco de los liberales sobre la libertad

En este punto, Sebastián Soler esclarece sagazmente el equívoco, común a algunos políticos liberales, de no distinguir las fronteras entre la libertad natural y la libertad jurídica. Este error proviene de la filosofía liberal que descansa en la concepción optimista del hombre, y considera que su actividad racional tiende por ley natural a la verdad y al bien, por lo que la libertad es sinónimo de progreso y la misión del derecho es "realizar la libertad", según la expresión de Hegel.

Sebastián Soler rechaza el equívoco poniendo de relieve que la libertad real o natural, es una facultad humana que no puede constituirse en la norma jurídica, toda vez que el hombre nace con ella, y es una expresión biológica, una manifestación vital anterior al derecho, aun cuando sea un presupuesto necesario para el derecho. Para decirlo gráficamente, esa libertad es inasible por el derecho, de igual modo que la facultad de respirar, de donde carece de sentido encajarla en una definición jurídica, ya que el derecho no pasa de ser invención convencional de la sociedad, y las funciones vitales no se inventan: existen. "El hombre —expresa

Sebastián Soler— no deja de ser libre porque un tirano lo decreta; pero tampoco es libre porque una democracia así lo resuelva”.

Por ende, ninguna Constitución puede “constituir” hombres libres, pues carecería de potestad para hacerlos libres, y sólo le incumbe darle reconocimiento a esa realidad existencial, otorgándole —lo que sí es función suya— las garantías jurídicas para exteriorizar la libertad. Ahora bien— y aquí la fina observación de Soler—, cuando la Constitución habla de libertad de palabra, de enseñanza, de reunión, etc., esas libertades no son ya libertades naturales, son libertades estructurales en el orden jurídico, y por ende, ordenadas al sistema normativo de la comunidad. Esto significa que, así como la libertad natural es absoluta y no tiene cabida en el derecho, la libertad jurídica es relativa, pues como todo derecho está ella también sometida a límites circunstanciales. En esa virtud, la libertad natural es irrestricta, y sólo contempla deberes morales, mientras que la libertad jurídica no puede ser “libre” para lesionar el orden jurídico de que procede y depende.

Disipar ese vicioso malentendido es de gran importancia práctica, pues a causa de él algunos gobernantes liberales se han visto azorados para fundamentar la defensa de las instituciones democráticas, oscilando entre un purismo ingenuo que tolera la agresión impune ante el temor de traicionar los propios principios, o el justificar las medidas defensivas con argumentos filosóficos especiosos, tratando de evitar que se les achaque la ideología del campo contrario.

Pero no hay, sencillamente, campos contrarios ni es cuestión de ideologías. Lo mismo en el régimen totalitario que en el democrático, los ciudadanos se hallan constreñidos a comportarse en el ámbito de la ley. La diferencia estriba en que la legalidad democrática establece una esfera más amplia de derechos subjetivos, y por ende, mayores libertades, que la legalidad totalitaria. Pero tanto en un régimen como en otro está fuera de cuestión, el que los ciudadanos *sólo son libres en la esfera de la legalidad del Estado*. Admitir que sólo las dictaduras pueden impedir el abuso de la libertad contra el Estado y no las democracias, supondría tanto como aceptar que aquellas y no éstas, tienen un orden legal que sostener, cuando sucede precisamente lo contrario. (En efecto, la legalidad de un régimen dictatorial es casi siempre ilegítima, y corresponde a un poder de facto. Por otra parte, nuestro planteamiento deja en pie la expresión sagrada y consagrada de que “no hay libertad” en un Estado totalitario, por cuanto a la privación de los derechos fundamentales sin los cuales no se

puede vivir dignamente, pero siempre habrá, en la peor de las tiranías, un área de libertades jurídicas en la zona de actividades compatibles con el mantenimiento del Estado.)

Resulta, pues, claro, que no hay libertad constitucional para agredir a la Constitución, y sólo puede intentarse tal cosa —como apunta Soler—, en nombre de la “otra” libertad, la de una voluntad subversiva corriendo los riesgos inherentes, los mismos riesgos cuando se pretende subvertir el orden dictatorial.

Pero el análisis del jurista argentino, se simplificaría al recordar la posición de García Máynez en torno al abuso del derecho. Bajo la perspectiva de negar que pueda darse el abuso del derecho cuando se observa una conducta ilícita, podemos llegar a la conclusión de que es improcedente hablar de “abuso de la libertad” si en nombre de la libertad se comete una transgresión de la ley, ya que la libertad jurídica no puede delinquir.

Siguiendo el giro del maestro mexicano: donde el abuso de la libertad comienza, el derecho de libertad termina. Dado que, la libertad jurídica, bajo este prisma positivo, sólo autoriza a comportarse en la órbita de lo que su contenido afirma como derecho, y fuera de esa órbita normativa no cabe el “uso” del derecho de libertad, y por consiguiente, mal puede “abusarse” del mismo.

Cuando los políticos liberales enfatizan sobre la necesidad de poner coto a las actividades antidemocráticas, con la frase: “La libertad de cada uno termina donde empieza la libertad de los demás”, dejan flotando en la vaguedad de una indefinición lo que puede ser rotundamente definido, al decir: El derecho de libertad sólo puede ejercerse dentro de sus propios límites. Esto es, no hay libertad exterior fuera del derecho.

Pues el derecho no tiene puertas para el libertinaje.