

LAS CONSECUENCIAS POLÍTICAS DEL LIBERALISMO: LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL

Lorenzo Bernaldo de Quirós*

El liberalismo clásico se asienta sobre un pilar básico: la libertad del ser humano. Esta libertad, esta autonomía privada, debe ser mantenida y entendida de manera amplia, quedando únicamente limitada por la afectación de los derechos de las demás personas, supuesto en el que el Estado cuenta con plena legitimidad para incidir en tales conductas y, eventualmente, sancionarlas.

El presente artículo da una visión amplia de los principales postulados del liberalismo clásico, explicando la razón de ser y el surgimiento de los derechos de las personas (tales como la propiedad, el derecho a la vida, a la integridad física), cuáles deben ser sus limitaciones, cuál debe ser el rol del Estado en la vida privada, en el resguardo de los derechos de las personas y en la toma de decisiones a nivel general, entre otras cuestiones relacionadas de gran relevancia.

En gran medida, este artículo intenta ser una orientación en la actuación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales deberán sujetarse a determinadas pautas y consideraciones al momento de ejercer sus respectivas funciones.

* Lorenzo Bernaldo de Quirós es Licenciado en Derecho y Ph.D. en Monetary Theory por la Saint Andrews University. Es asesor económico externo del Instituto de Estudios Económicos, académico adjunto del Cato Institute y Consejero de Autopistas de Galicia, de Bovis Lend Lease, de Séneca Educación y del grupo CEES. Colabora activamente en los medios de comunicación de Madrid como columnista de los diarios La Razón, Gaceta de los Negocios y de la agencia Europa Press. En la actualidad, es Presidente del Freemarket International Consulting S.L. Ha sido asesor económico del Círculo de Empresarios, director de Estudios Económicos de la Cámara de Comercio de Madrid y de la Confederación Española de Empresarios de Metal.

“Pero qué es el gobierno sino la mayor de todas las reflexiones sobre la naturaleza humana. Si los hombres fuesen ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, ningún control interno o externo sobre el gobierno sería necesario. Al constituir un gobierno que es administrado por hombres, la gran dificultad es la siguiente: se debe capacitar al gobierno para que controle a los gobernados pero se le debe también obligar a controlarse asimismo”.

James Madison. “The Federalist”. Número 51

INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el tema central de este trabajo es fundamental precisar qué se entiende por liberalismo. Este es un ejercicio fundamental, no una prescindible elucubración erudita, ya que del alcance y del significado que se da a ese vocablo dependen de manera directa los dos restantes elementos que componen el título de este artículo: los derechos individuales a proteger y el alcance de las garantías jurisdiccionales que se les ofrece. Por añadidura, la precisión de los contornos del término liberal es también relevante porque, a lo largo del último siglo y medio, el significado tradicional de la palabra ha sufrido múltiples modificaciones (en algunos casos una auténtica lobotomía intelectual), que han llegado a desnaturalizar su contenido y, por tanto, sus consecuencias políticas. En Estados Unidos y en otros lugares, liberal se identifica o se asocia a una extensión de los poderes del Estado, en una manifestación clásica de la célebre perversión del lenguaje descrita por Orwell en 1984.

En sintonía con Hayek, “(p)or liberalismo entenderé aquí la idea de un orden político deseable que se desarrolló inicialmente en Inglaterra desde los tiempos de los Viejos Whigs, a finales del siglo XVII, hasta los de Gladstone, a finales del siglo XIX. David Hume, Adam Smith, Edmund Burke, T.B. Mauculay y Lord Acton pueden ser considerados sus representantes típicos en Inglaterra. Fue su idea de libertad individual sometida a la ley la que inspiró originariamente los movimientos liberales de Europa continental y la que constituyó la base de la tradición política norteamericana. Algunos de los pensadores que vivieron en estos países, como Benjamín Constant y Alexis de Tocqueville en

Francia, Immanuel Kant, Friedrich von Schiller y Wilhem von Humboldt en Alemania, y James Mason, John Marshall o Daniel Webster en los Estados Unidos, pertenecen plenamente a esa tradición”¹.

En esa corriente intelectual se insertan las siguientes páginas. Ello requiere una puntualización previa. Abordar el tema de “Las consecuencias políticas del liberalismo: las declaraciones de derechos y el Debido Proceso Legal” es una tarea ingente porque bajo ese título se sintetiza toda la filosofía política liberal. Si se asume como insuperable esa restricción, teniendo en cuenta las limitaciones de espacio y de tiempo propias de un trabajo de esta naturaleza, se tratará de ofrecer una imagen estilizada de los fundamentos teóricos sobre los que se asienta el armazón institucional del Estado liberal, esto es, de las bases y de los límites de la obediencia política, como diría Hume. Sólo así es posible entender cuáles eran los ideales perseguidos por los liberales y hasta que punto la evolución de los modernos regímenes democráticos se acerca o se aleja de ellos.

¿QUÉ LIBERALISMO?

El liberalismo clásico no es el resultado de una construcción teórica previa; surgió del deseo de extender y generalizar los efectos benéficos que brotaron imprevisiblemente de las progresivas limitaciones impuestas a los poderes del gobierno por una razón muy simple: la desconfianza de los ciudadanos en ellos, su deseo de salvaguardar su vida, su libertad y su hacienda ante la rapacidad del poder. Esas restricciones a la discrecionalidad estatal se forjaron a lo largo de un dilatado proceso de evolución histórica y, si bien se ensayaron también en algunas partes del continente europeo, nunca lo hicieron o no pudieron hacerlo con la misma intensidad, coherencia y continuidad que en Inglaterra.

En la Europa continental, los intentos de consolidar el esquema de un gobierno limitado, por ejemplo, en las ciudades-estado italianas, no perduraron, se vieron frustrados por el juego de tres factores: por una creciente intervención de los poderes públicos en la vida cultural, social y económica; por la imposición exterior de modelos de corte estatista; y, por el auge de la monarquía absoluta². Por el contrario, la sociedad inglesa era ya individualista en sus tradiciones legales, en su

¹ HAYEK A., Friedrich. “Principios de un orden social liberal”. Unión Editorial. 2001. p. 43.

² Ver STARK, Rodney. “The Victory of the Reason, Random House”. 2005.

legislación referente a la propiedad y en su cultura social desde hacía siglos, y siguió siéndolo. Sólo después de haber descubierto que la mayor libertad disfrutada por los ingleses en el siglo XVIII se tradujo en un bienestar material sin precedentes, se intentó desarrollar una sistematización de la doctrina liberal. Como sucede siempre, esta iniciativa buscó y encontró precedentes en algunas corrientes del pensamiento político occidental que, aunque no lograron construir una visión sistemática de un orden social de la libertad, sí aportaron ideas interesantes que pueden considerarse precursoras o antecedentes filosóficos del cuerpo central del liberalismo clásico³.

El punto de partida de la teoría liberal es el individualismo, esto es, la visión del individuo como el centro y la justificación del análisis social y, por extensión, del ordenamiento político. La premisa es clara, evidente y lógica. Son los hombres los que existen. Sólo el individuo es capaz de razonar, de elegir y de actuar; en consecuencia, no puede entenderse el funcionamiento de la sociedad salvo que se la contemple como el resultado de la acción humana. En este sentido, la visión de la comunidad como un ente orgánico, provisto de vida propia y con fines distintos y/o superiores a los de las personas que la integran es una falacia que además, en sus versiones más duras, ha tenido consecuencias funestas. El bien común, el interés general y otros conceptos "holísticos" carecen de significado y de existencia real. Sólo son el resultado de la interacción de los individuos. Este axioma es una de las piedras angulares del edificio intelectual del liberalismo clásico.

Por otra parte, la teoría liberal clásica nace del descubrimiento de un orden que se autogenera, de un orden espontáneo de la realidad social, creado por la acción humana pero no por un expreso designio humano. A través de un proceso de ensayo y de error, entre el instinto, la razón y la tradición, los individuos desarrollaron un conjunto de hábitos de conducta, de reglas generales de comportamiento y de instituciones que les permitieron primero sobrevivir y luego alcanzar cuotas crecientes de libertad y de prosperidad. Además, esa dinámica evolutiva los incentivó a realizar un uso de sus conocimientos y de sus capacidades (mediante el paulatino aumento de la cooperación y el intercambio voluntarios), muy superior al que haría posible cualquier sistema centralizado o dirigido. Ese conjunto de hechos llevó a los pensadores liberales clásicos a

explicitar y formalizar esos principios, así como a demostrar las ventajas de su aplicación general.

Sin embargo, la visión liberal clásica del orden espontáneo y su reformulación moderna no concede a cualquier tipo de proceso institucional evolutivo los mismos resultados ni considera todos igualmente deseables. La evolución de las instituciones no garantiza por sí misma el predominio final de aquellas que mejor aseguran la supervivencia, la libertad y la prosperidad de las sociedades y de sus miembros. A lo largo de la historia, numerosas organizaciones ineficientes y/o represivas han pervivido durante siglos y, también, muchas sociedades abiertas o más abiertas que las de su entorno han retrocedido hasta fórmulas sociales cerradas y/o tribales. Si bien el mundo ha tendido a caminar, con distinto ritmo, con regresiones a veces muy prolongadas, hacia las fórmulas de articulación social cada vez más complejas en las que los espacios para la cooperación voluntaria se ampliaron, nada presupone el inexorable curso de esa trayectoria.

Frente a otras corrientes de la filosofía política, el sistema liberal no se sustenta en la perfección utópica de los seres humanos, la leyenda del buen salvaje, sino en su falibilidad e ignorancia. Hume señala la restringida benevolencia y las limitaciones intelectuales de los hombres, así como el conflicto permanente entre sus necesidades infinitas y la escasez de los recursos para satisfacerlas. Sin embargo, de esas fragilidades se derivan los principios básicos de justicia que son, a su vez, las bases de un gobierno limitado asentado en las tres leyes fundamentales de la naturaleza: la estabilidad en las posesiones, su transferencia por consentimiento y el cumplimiento de las promesas. Al mismo tiempo, la falibilidad y limitación del conocimiento humano es otra razón adicional para defender la sociedad libre. La cooperación voluntaria a través del mercado permite acumular, procesar y transmitir la información y los conocimientos dispersos entre millones de personas. Eso no lo lograría ni lo ha logrado jamás ningún planificador. En la práctica, el sistema de libertad bajo la ley implícito en la tríada "humana" y su perfeccionamiento y estilización posteriores ayudaron a crear un marco institucional que aspira a convertir las debilidades del individuo en fortalezas.

Por eso, la idea central del liberalismo clásico era y es muy sencilla. La observancia y la aplicación de reglas universales de justa conducta, que prote-

³ Las corrientes filosóficas de los sofistas, de los estoicos, el individualismo de la ley romana teorizado por Cicerón o los escolásticos españoles del siglo XVI y XVII son, sin duda alguna, precursores intelectuales del liberalismo clásico.

gen una esfera de autonomía dentro de la cual el individuo puede utilizar sus conocimientos y sus recursos para la consecución de los fines que desee; es la base del orden espontáneo. La tarea central del gobierno consiste en constreñirse a observar y hacer observar esas normas sin excluir, como veremos, que pueda y deba desplegar algunas funciones que son necesarias para la preservación del orden social. En la práctica, esta concepción se limita a elevar a categoría intelectual universal los ideales del *rule of law* inglés, del gobierno sometido a la ley, cuyos atributos generales son de sobra conocidos: ser impersonal, prospectiva, conocida, cierta, universal e igual en su aplicación. La ley no busca resultados concretos, sino impone la prohibición de invadir el dominio protegido de cada uno.

¿POR QUÉ UN GOBIERNO LIMITADO?

La respuesta utilitarista sería porque ese entorno institucional funciona y asegura los mejores resultados, según el conocido aforismo de “la máxima felicidad para el mayor número posible”. Sin embargo, este enfoque adolece de una considerable fragilidad. Por un lado, es ilusorio querer medir y comparar satisfacciones individuales que son, por definición, subjetivas. Es más, la subjetividad de las preferencias de los individuos hace que las imposiciones exógenas no logren maximizar el valor total de las acciones coercitivas del gobierno desplegadas con esa finalidad. Por otro lado, el utilitarismo abre el portillo hacia una ampliación ilimitada de las facultades estatales y, por ende, a una reducción del dominio privativo del individuo. Basta apelar a la voluntad, al interés o al bienestar de la mayoría para restringir y/o violar los derechos individuales.

En la práctica, el utilitarismo, con diversos matices y en diferentes versiones, ha sido uno de los vehículos más poderosos para liberar al poder de sus ataduras, para conceder a los gobernantes la justificación para aumentar sus atribuciones, para diseñar y ejecutar programas de ingeniería social, tanto global como fragmentaria. Su paulatina aceptación como cimiento filosófico del ideario liberal y/o su influjo sobre un amplio sector del liberalismo y de la ciencia política contemporánea ha sido una de las causas determinantes de la pérdida y de la alteración de su verdadera fisiónomía. Ha constituido un factor clave para la aceptación de muchas medidas anti-liberales y también ha servido para debilitar la filosofía legal sobre la que se sostiene la garantía judicial de las libertades del individuo en la doctrina liberal clásica.

El principio básico para constreñir la coerción estatal al respeto de reglas generales de justa conducta es la expresión de que “ningún hombre o grupo de hombres puede lesionar la vida, la libertad o la propiedad de los demás”. De esa declaración se deriva la libertad del individuo para actuar sin coerción, es decir, para plantear a través del uso de su propiedad o mediante su cooperación voluntaria con otros, cualquier acción no violenta ni fraudulenta respecto a terceros. Este axioma se sostiene en una condición sustantiva, la existencia de derechos naturales, fundamentales o humanos, según el gusto de cada cual, y dos condiciones instrumentales, la separación o división de poderes y el control judicial de la acción gubernamental. Ahora bien, este planteamiento constituiría una tautología si no se pudiese responder a dos preguntas fundamentales, a saber, ¿por qué el individuo tiene derechos y estos han de ser respetados? ¿Esos derechos constituyen restricciones incondicionales o condicionales?

Esas interrogaciones llevan a formular la cuestión fundamental de la filosofía política liberal. Esta no es otra que la existencia del Estado o, mejor, las causas que hacen preferible la opción de un gobierno limitado a la tiranía o a la anarquía como principio de organización social. Como se ha apuntado, el concepto de la ley del liberalismo clásico, la codificación de los principios del Common Law anglosajón y el orden espontáneo basado en ella, presuponen la asunción de una cierta idea del individuo y una justificación de por qué tiene derechos. El liberalismo clásico acometió esa tarea con dos teorías básicas: el iusnaturalismo y el contractualismo. Aunque ambos planteamientos han confluído a veces en una expresión común, por ejemplo en Locke, no siempre ha sucedido así ni tiene por qué suceder. Además, algunos modelos de contrato social –léase el rousoniano– superan las tradicionales restricciones liberales y producen resultados contrarios a los preconizados por el liberalismo. En cualquier caso, es posible afirmar que existen diferentes y complementarias aproximaciones al problema que muestran la enorme riqueza del pensamiento liberal clásico y todas conducen a una misma conclusión: la necesidad de limitar el poder político.

Como escribió Hume: “La razón, la historia y la experiencia nos muestran que las sociedades políticas han tenido un origen mucho menos preciso y regular –entiéndase que el formulado por el contrato social–; y si hubiéramos de elegir el momento en que el consentimiento público es menos tenido en cuenta en la cosa pública, sería precisamente el del esta-

blecimiento de un nuevo gobierno"⁴. La ironía crítica "humiana" es una afirmación fáctica pero no priva de fuerza teórica ni de capacidad explicativa a la hipótesis contractualista, el paso del Estado de Naturaleza al Gobierno Civil, como una forma inteligente de describir el nacimiento del orden estatal y/o los límites de su acción. Los filósofos políticos, como los economistas o los sociólogos, suelen construir modelos que ayudan a entender mejor la realidad, aunque no la reflejen en su totalidad.

De todas formas, la teoría contractualista es de naturaleza procedimental y sus consecuencias político-institucionales dependen de la restricción previa sobre la que se sustente, esto es, sobre la fundamentación y el alcance de los derechos que el contrato ha de garantizar. Por ello, es posible diseñar un contrato social de corte autoritario, corporativista, socialdemócrata o liberal⁵. Tampoco es rechazable *a priori* la afirmación de que los derechos individuales se apoyan en leyes naturales asentadas en principios inmutables y en verdades autoevidentes. El corolario es la obligación del Estado de protegerlas porque, de lo contrario, carece de legitimidad y no puede exigir obediencia. A diferencia de lo sostenido por sus detractores, esa teoría no tiene por qué presuponer el origen divino de los derechos naturales ni cabe descalificarla por su carácter metafísico, sino que puede articularse a partir del simple ejercicio de la razón. La reconstrucción del iusnaturalismo por parte del pensamiento liberal contemporáneo ha mostrado la posibilidad de construir una ética objetiva basada en un análisis racional de la naturaleza humana⁶. De cualquier manera, la fuerza normativa de la teoría iusnaturalista, en cualquiera de sus expresiones, constituye una poderosa salvaguarda de los derechos individuales y un baluarte contra la coerción estatal.

Sin embargo, existe una visión más humilde sobre el nacimiento del Estado, sobre la emergencia de los derechos individuales y sobre la conveniencia de limitar las funciones del gobierno cuyo poder explicativo es considerable y no precisa recurrir a argumentaciones de carácter teleológico. Al mismo tiempo, ese enfoque incorpora los ar-

gumentos más relevantes del iusnaturalismo y del contractualismo en garantía de los derechos individuales. Se trata una vez más de la visión liberal de los derechos, de las instituciones y del Estado como el resultado de un proceso evolutivo, de una dinámica de selección cultural a través de la cual se ha tendido a limitar la coerción y a extender la esfera de autonomía de los individuos. Su formulación no supone ni precisa la remisión a ninguna forma de darwinismo social como a veces declaran sus críticos. Por el contrario, es una descripción bastante sensata de las bases positivas y de las recomendaciones normativas que llevaron a una cristalización de los principios del liberalismo clásico y a su aplicación con distinta intensidad. Además se ajusta con bastante exactitud a la evolución real de buena parte de las sociedades a lo largo de su historia.

Quizá, el instinto primario más fuerte del ser humano es el de su conservación y, por tanto, su principal temor es a la muerte violenta. Así lo vieron buena parte de los grandes pensadores políticos. Si una sociedad no cuenta con una organización que monopolice el uso de la coerción, la guerra civil, el todos contra todos se convertiría en una enfermedad crónica. La ejecución y defensa privada de los derechos llevaría aparejada una dinámica de querrelas, de represalias y de venganzas sin fin. No habría medio para arreglar los conflictos, para poner fin a las disputas ni para obligar a las partes a aceptar una solución. La ley del más o de los más fuertes se impondría. La vida no valdría nada y sería corta, brutal y precaria. De acuerdo con Nozick⁷, la emergencia de asociaciones protectoras privadas competitivas entre sí o con acuerdos colusorios dentro de un mismo territorio es una garantía precaria, inestable y poco eficiente para superar esos problemas. Los gobiernos asumen la protección de la vida y de la hacienda de los individuos, y suministran determinados bienes públicos no ofertables por el mercado porque pueden hacerlo a un coste inferior que los grupos privados voluntarios.

Esa demanda de seguridad dio lugar de manera paulatina al nacimiento de los estados, al desarrollo de una agencia dominante que asegura la protección a todas las personas que habitan en su territorio, a cambio de ingresos⁸, y que tiene la

⁴ HUME, David. "Essays, Liberty Fund". 1987. p. 474.

⁵ "The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviatán". Chicago University Press. 1974. Buchanan resuelve ese obstáculo con el requisito de la aceptación unánime de las reglas del juego y demuestra que eso sólo es posible si se aseguran los derechos individuales descritos por el liberalismo clásico. Los individuos jamás concederían poder absoluto sobre su vida, su hacienda o su libertad a uno, a varios o a muchos.

⁶ Una exposición contundente y sólida de esta postura se encuentra en MURRAY N., Rothbard. "The Ethics of Liberty". Humanities Press. 1982; o en el ensayo de AYN, Rand. "The Objectiv Ethics", incluido en la obra colectiva "The Virtue of Selfishness". Signet. 1970. pp.13-39.

⁷ NOZICK, Robert. "Anarchy, State and Utopia". Basic Books. 1974. Su tesis sobre la inevitabilidad del Estado y la inviabilidad de un sistema anarco-capitalista ha sido impugnada por Rothbard.

⁸ La creación de una autoridad central fue necesaria para resolver el problema de la *free rider*.

potestad y la capacidad o la voluntad de castigar a quien recurra al uso de la fuerza sin su consentimiento. Desde esta perspectiva, un proceso evolutivo, similar a la mano invisible smithiana o al orden espontáneo hayekiano, más que un contrato social a lo Hobbes o a lo Locke, condujo a la aparición de los ordenamientos estatales. Entre otras causas, las amenazas exteriores, la anarquía interna, el crecimiento de la población, los descubrimientos tecnológicos y la aparición de economías de escala están en la transición de las primitivas formas de organización política al Estado moderno. Su existencia no necesita ser explicada por una decisión fundacional expresa, consciente y unánime. La búsqueda racional o intuitiva de riqueza y de seguridad impulsó el desencadenamiento de interacciones de suma positiva que hicieron emerger la jerarquía política. En terminología de la teoría de juegos, el papel del Estado ha consistido en transformar la no-cooperación en una opción prohibitiva.

Ahora bien, la supervivencia del individuo no depende sólo ni principalmente de la existencia de un aparato estatal que impida y castigue la agresión de terceros. Cualquier gobierno lo suficientemente fuerte para evitar ese extremo es también lo suficientemente fuerte para convertirse en un peligroso agente agresor. Por eso, el individuo ha de tener los medios adecuados para sobrevivir por sus propios medios. Esto exige que se posea a sí mismo, tenga el absoluto derecho de propiedad sobre su cuerpo, libre de las injerencias coercitivas de otros sujetos y del propio Estado. El hombre tiene capacidad de pensar, aprender, evaluar y elegir los medios necesarios para sobrevivir y prosperar. Ello implica que el derecho de propiedad sobre él mismo se extiende también a la posibilidad de controlar y de apropiarse de los elementos básicos que garantizan su existencia, de los frutos de su trabajo y a intercambiarlos con otras personas sin, en ninguno de los dos casos, recurrir al robo, a la violencia y/o al fraude. Esos son elementos esenciales para salvaguardar su vida y su libertad. Cuando se ponen en entredicho, la vida humana corre riesgo. Ningún sumo legislador ha creado la propiedad ni nadie la ha inventado. Su desarrollo, protección y extensión han sido resultado de un proceso evolutivo y, casi siempre, la sanción de una realidad fáctica.

La propiedad constituye la medula de todos los demás derechos individuales y es la fuente más poderosa para restringir la coerción estatal. El Estado protege al individuo frente a la agresión de terceros pero la propiedad lo protege frente a la potencial agresión del Estado. En pura lógica, el resto de las libertades (religiosa, de expresión, de pensamiento, etcétera) no son otra cosa que manifestaciones y extensiones del derecho de propiedad sobre uno

mismo, limitado tan sólo por la libertad-propiedad de los demás. Es inconsistente conceder o reconocer el derecho de cada individuo a su libertad personal, es decir, a la propiedad de su propio cuerpo y, al mismo tiempo, negar o condicionar el ejercicio de ese derecho cuando se refiere a la posesión de bienes materiales. No hay posibilidad doctrinal ni real alguna de distinguir entre los denominados derechos civiles o políticos, y los derechos económicos. Esa distinción refleja una esquizofrenia intelectual insostenible. En suma, la configuración de una esfera de autonomía o de libertad del individuo supone asumir un campo de dominio o de propiedad absoluta de éste sobre aquella. En este contexto, la única limitación coherente y aceptable, no se olvide, es el principio de igual libertad de los otros, el respeto a su propia esfera de autonomía.

En los párrafos anteriores se ha señalado que, con independencia de argumentos de carácter moral, la razón primigenia para respetar la propiedad y sus manifestaciones concretas es que esa es la única forma que tiene el individuo para asegurar su preservación. Sin embargo, *a priori* esa posición es cuestionada por la postura utilitarista que tolera una violación de los derechos individuales para maximizar el bienestar general y/o para minimizar la violación de los derechos de la mayoría. Este planteamiento goza de una enorme aceptación en una época dominada por lo políticamente correcto y por la venenosa identificación de lo social con lo bueno y lo correcto. Antes se ha avanzado la subjetividad de los valores individuales y, por tanto, la imposibilidad de medir la satisfacción general de las acciones de esa naturaleza. Sin embargo, hay otras dos razones adicionales para considerar inviolables los derechos de los individuos.

En primer lugar, está la vieja y sabia proposición kantiana según la cual las personas son fines en sí mismas y no sólo medios. Esto equivale a decir que no pueden ser sacrificadas o utilizadas para alcanzar otras metas sin su consentimiento. El motivo es la existencia de vidas separadas con proyectos distintos, intransferibles y no comparables. En segundo lugar, no existe ente social alguno con vida propia independiente, al margen o por encima de la de los individuos que lo componen. Conviene recordar que no hay más que individuos diferentes con esquemas vitales distintos. De ahí que utilizarlos para beneficiar a otros contra su voluntad equivalga a tratarlos como recursos explotables, lo que entraña una agresión. Significa que algunos hombres están facultados para perseguir cualquier meta que ellos deseen, a imponérsela a los demás mediante la fuerza, mientras que éstos están éticamente obligados a gastar sus vidas a su servicio, sutil reformulación de la esclavitud. Si se acepta que el

principio de no-agresión ha de regir las relaciones interestatales, resulta inaceptable que no se predique lo mismo de las relaciones existentes entre el individuo y el Estado.

Uno de los pensadores liberales más brillantes y más injustamente olvidado, el gran Herbert Spencer, escribió: "Con la disminución de la guerra y el crecimiento del comercio, la cooperación voluntaria reemplaza cada vez más a la forzosa... esto hace posible la creación de la vasta organización industrial que sostiene una nación"⁹. Esos son los efectos de generalizar el principio de no-agresión, un concepto negativo que es la base de los tres grandes valores de la sociedad liberal: la paz, la libertad y la justicia. El liberalismo clásico desarrolló esos principios bien a través del *Common Law* anglosajón, bien mediante la codificación de una tradición jurídica —el derecho romano— en una norma escrita. Ambos cuerpos legales formaban parte esencial de los contrapesos "constitucionales" a la concentración del poder. La legislación moderna, lo conocido por ley en la mayoría de las sociedades contemporáneas, es algo diferente. Se ha transformado en un mecanismo a través del cual se especifican reglas sobre cómo deben los individuos usar su libertad-propiedad e interactuar con otros. Este abandono progresivo de un esquema legal soportado por normas generales que protegen el derecho de los individuos a perseguir sus propios fines es el principal instrumento para extender los poderes del gobierno¹⁰, pero ésta conclusión es aun prematura y precisa de una explicación algo más detallada.

LAS CONSECUENCIAS POLÍTICAS DEL LIBERALISMO Y LA DECADENCIA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

¿Cuál es la estructura estatal acorde con la filosofía política liberal? Esto lleva a una definición previa y estilizada de cuales han de ser las funciones legítimas del Estado. *A priori*, el único fin por el cual es *justificable* que el gobierno se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es para protegerle frente a la violencia o el fraude. Hacerlo por el propio bien físico o moral del individuo no es una razón suficiente. Esto descalifica como hipótesis general la de un Estado benevolente y paternalista que interfiere en la vida de los ciudadanos con la benéfica intención de protegerles de ellos mismos. Ningún gobierno

está autorizado para decir a las personas que no haga de su vida lo que quiera en vista de su propio beneficio. Desde esta perspectiva, la libertad en todas sus manifestaciones debe ser el principio general y cualquier pretensión de injerencia en la esfera de autonomía individual ha de tener la carga de la prueba. Sentado este criterio, lo que podríamos denominar como liberalismo clásico se agruparía alrededor de dos posiciones distintas, si bien no contradictorias.

Por un lado, los partidarios del Estado Mínimo consideran que, más allá de la protección de los derechos individuales, el poder político carece de legitimidad para actuar y se convierte en una amenaza para la libertad. Su función primordial, de alguna manera, es civilizar o encauzar la anarquía. La protección universal suministrada por el Estado es la diferencia esencial respecto al esquema de varias agencias protectoras en competencia o de una dominante, y ese es también el "único" ingrediente redistributivo permisible, esto es, compatible con los derechos del individuo. El gobierno tiene que proteger a todos los ciudadanos frente a una potencial agresión interna y externa e impartir justicia, esto es, castigar el robo, la violencia y el fraude, así como hacer cumplir los contratos. Esos son los bienes públicos, aquellos en cuya producción el gobierno goza de ventaja competitiva y/o constituyen un monopolio natural. En el esquema minimalista del Estado, los individuos pueden formar las asociaciones o comunidades que deseen y someterse a cualquier tipo de norma aceptada por sus integrantes, siempre y cuando no dañen los derechos ajenos.

Por otro lado están los autores que adoptan la distinción "miliana" entre las *funciones necesarias del Estado*, que son las contenidas en la visión minimalista de la actividad estatal, y las *funciones facultativas*, que sólo han de acometerse si no hay ninguna probabilidad racional de que se realicen por la iniciativa privada o social. En cualquier caso, esas políticas deben articularse de tal manera que estimulen el esfuerzo individual, hagan desaparecer todo aquello que lo obstaculiza y alienen el espíritu de empresa. Su objetivo ha de ser incentivar los esfuerzos privados, no sustituirlos. Para el liberalismo clásico, ese tipo de programas tienen que constituir una educación para el público en el arte de emprender grandes objetivos por medio de la

⁹ SPENCER, Herbert. "The Great Political Superstition in The Man Versus State With Six Essays on Government, Society and Freedom". Liberty Fund. 1982. p. 135.

¹⁰ Esta perniciosa deriva se ha producido en casi todas las sociedades avanzadas (tanto en las de tradición legal anglosajona como en las de tradición continental).

energía individual y de la cooperación voluntaria. Por ello, el Estado debe abstenerse de intervenir y/o retirar su intervención cuando emergen alternativas privadas en esos campos.

Desde esta perspectiva, el liberalismo clásico estableció restricciones muy precisas tanto a cuales eran esas *funciones facultativas* como a su alcance. En este sentido, el gobierno puede imponer a los padres la obligación legal de proporcionar a sus hijos una instrucción elemental e incluso suministrarla de manera directa o facilitarla de modo indirecto –bonos escolares–, y ha de ayudar a aquellas personas que, por falta de recursos, no tienen acceso a una atención médica básica pero, en ningún caso, eso supone la prestación de esos servicios en régimen de monopolio. Tampoco puede dejar que la gente se muera de hambre pero la asistencia estatal ha de ser temporal y no proporcionar a sus destinatarios una situación tan deseable como la de quien la consigue sin ayuda de nadie. También les parecía admisible la intervención estatal para combatir los monopolios¹¹ y/o para financiar determinadas infraestructuras en ausencia de capital privado. Esos son los campos en los que el pensamiento liberal clásico admitía la intervención estatal y también los límites de la misma. De manera premonitoria, J.S. Mill ha señalado que “toda desviación de ese principio, a menos que se precise por algún gran bien, es un mal seguro”¹².

Dentro de esta restricción normativa previa, la respuesta político-institucional del liberalismo clásico al dilema planteado por la elección entre la tiranía y la anarquía fue el constitucionalismo. Escrita o no, la Constitución articula un marco normativo cuyos rasgos centrales son los siguientes: a) un gobierno democrático; b) la separación de poderes¹³; c) una carta de derechos individuales; d) la revisión judicial; y, e) una estricta definición de los poderes de emergencia del Estado. En la práctica, desde hace décadas, las restricciones constitucionales al poder han sufrido un persistente menoscabo, si bien con distinta intensidad según los países. Para que la protección de los derechos individuales sea operativa, al menos, debe funcionar la tripartición clásica del poder y/o la revisión judicial de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, bien por una corte especializada (tribunales constitucionales), bien por la justicia ordinaria.

Aunque, esos elementos mantienen una vigencia formal en todas las democracias, han perdido su carácter sustancial en la mayoría de ellas. Guste o no, las normas y la práctica constitucionales no están al margen del cambio intelectual, cultura y moral experimentado por los individuos y por las sociedades. La idea de que el gobierno puede y debe resolver todos los problemas ha sido y es, con distinta intensidad, una corriente dominante o, al menos, muy poderosa. En este *ethos* intelectual, el ideal del gobierno limitado goza de un frágil apoyo que se acentúa por las transformaciones generadas en el entorno constitucional clásico por el funcionamiento del moderno proceso democrático. Cuando la democracia deja de ser un simple procedimiento para cambiar a los gobernantes sin derramamiento de sangre, y pasa a transformarse en un medio para conseguir fines concretos mediante el uso de la fuerza, entonces las restricciones a la acción estatal saltan en pedazos.

La división de poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial sólo tiene sentido en tanto se entienda a la ley como una norma general. Cuando la normativa constitucional considera a ciertos órganos competentes para emitir leyes dentro de un cierto procedimiento, es claro que tenemos un concepto previo de ley. Sería un abuso político invertir la relación y designar como ley (en sentido formal) todo lo que hagan los legisladores. En un Estado de Derecho impera la ley en sentido sustantivo y la actividad de todos los órganos del Estado está sometida a ella. De esta manera, el constitucionalismo liberal pretendía impedir que las instancias con competencia legislativa colocasen su propio imperio en lugar del de la norma general, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes administrativas de las “leyes”. En consecuencia, un simple concepto formal de ley, lo que impone el Legislativo, hace de este un poder absoluto y elimina cualquier distinción entre los tres poderes clásicos. Esto supone, en definitiva, sustituir el absolutismo del monarca por el absolutismo de mil cabezas de los partidos políticos que, en cada momento, se alcen con una mayoría.

La perversión del concepto sustantivo de ley afecta también, de modo radical, la posición de los tribunales como garantes de la legalidad. La Constitución propia de la democracia liberal se basa en

¹¹ La moderna teoría económica ha mostrado que las conductas monopolísticas sólo son sostenibles si el gobierno las crea mediante regulaciones que imponen barreras de entrada en el mercado. Una detallada explicación de este enfoque se encuentra en “Chicago Studies in Political Economy”. Edición George Stigler. Chicago University Press. 1988.

¹² J.S., Mill. “Principios de Economía Política”. Fondo de Cultura Económica. 1985. p. 812.

¹³ Aquí se inserta también el federalismo, la gran aportación norteamericana al constitucionalismo liberal.

la distinción entre regulaciones legales de carácter general y la aplicación de esas normas por el juez o por una autoridad administrativa. La invasión de la libertad y de la propiedad tiene lugar, *no por medio de una ley, sino con arreglo a una ley*. Esto significa que la consideración como ley de cualquier norma adoptada por el Legislativo elimina o, al menos, debilita de manera sustancial la capacidad de los tribunales de proteger las libertades individuales. El concepto de ley, propio del constitucionalismo liberal, se ha visto sustituido de facto por un “concepto político” de la ley que es tanto voluntad y mandato concretos como un acto de soberanía. Aplicada a la democracia, la ley es la voluntad ilimitada del pueblo soberano.

Asimismo, la independencia de los jueces, del Poder Judicial, se convierte en una ficción cuando se desvirtúa el carácter general de la ley. La independencia del juez respecto a los mandatos del Ejecutivo y del Legislativo tiene su esencial correlato en su dependencia respecto a la ley. Esto es algo muy diferente a hacerlo de los mandatos y de las órdenes especiales de un superior. Si el Legislativo puede adoptar la forma de la ley para dirigir mandatos al juez, éste deja de ser independiente; es un servidor de los órganos competentes para legislar y, si éstos usan su competencia legislativa para transformar las leyes en órdenes especiales, son los superiores jerárquicos del juez. Sólo en tanto se mantenga el carácter general de la ley puede hablarse de un Poder Judicial independiente.

Por su parte, los derechos individuales han pasado de ser “negativos”, una esfera protegida de acción, a “positivos”, una exigencia de materialización que inevitablemente exige quitar a unos para dar a otros. Las libertades sancionadas por las cartas constitucionales de los siglos XVIII y XIX proporcionaban espacios y garantías para la acción libre del hombre pero no atribuían beneficios sustantivos a nadie. Eran derechos absolutos (incondicionales) porque no tenían “coste”, porque su satisfacción no exigía la cooperación forzosa de los demás. Si tengo derecho a trabajar y nadie quiere contratarme, alguien (el gobierno) debe forzar a otro para que lo haga. Pues bien, los derechos iguales para todos del liberalismo clásico se han transformado en desiguales, en discriminaciones. Los modernos derechos sociales son costosos y además generan expectativas de satisfacción

crecientes que, inexorablemente, se traducen en un deterioro, por no decir, en una creciente lesión de los primeros¹⁴.

La idea de igualdad ante la ley, de ciudadanos iguales en derechos del liberalismo clásico se ha visto también cuarteada por la visión según la cual grupos de individuos concretos han de tener un tratamiento legal diferenciado (discriminación positiva), de acuerdo con determinados criterios de identidad étnica, sexual, cultural, religiosa, etcétera. En su traducción práctica, este planteamiento ha resucitado una estructura social de castas y de privilegios que, a pesar de su aparente modernidad y de su corrección política, nos remite a una oscura era pre-liberal de rasgos pseudo tribales. Esta es otra de las letales derivas de una concepción colectivista del orden social que, en definitiva, niega los derechos individuales y conduce a una guerra civil fría.

En este escenario, es interesante analizar la transformación que se ha producido en el *Due Process of Law* en Estados Unidos. Las cláusulas del Debido Proceso legal de las Enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución establecen que ninguna persona puede ser desprovista de su vida, de su libertad ni de su propiedad sin un Debido Proceso. Al menos desde 1800, el alcance de ese concepto no se limitaba a determinar el procedimiento por el que se hacen las cosas sino a prohibir la sustancia de ciertas acciones gubernamentales. Hasta mediados los años treinta de la pasada centuria, el Debido Proceso sustantivo abarcaba no sólo a los derechos civiles, sino una amplia gama de derechos económicos como la propiedad y la libertad contractual. A partir de entonces, esa protección ha desaparecido. Las decisiones de la Corte Suprema, rechazando pronunciarse sobre el fondo de los asuntos económicos sometidos a su consideración, se han convertido en la regla¹⁵.

Pues bien, en realidad, el Ejecutivo y el Legislativo constituyen hoy un poder fusionado en la mayoría de los regímenes parlamentarios, y esta integración fáctica se ha convertido en un vehículo perfecto para el uso incontrolado del poder a favor de las facciones con mayores incentivos para organizarse y extraer privilegios del gobierno. En este contexto, el Poder Judicial tiene enormes dificultades para ejercer un

¹⁴ Para una profundización en esta tesis, ver SARTORI, Giovanni. “La Democracia después del comunismo”. Alianza Editorial. 1993. pp.118-123.

¹⁵ PILON, Roger. “Madison’s Constitutional Vision: The Legacy of Enumerated Powers”. En: James Madison and the Future of Limited Government. Editorial Jon Samples. Cato Institute. 2002. pp. 25-41.

contrapeso efectivo a la discrecionalidad, ya que como instrumento para interpretar y aplicar la ley, está sometido a lo considerado como tal por el Legislativo. Este esquema institucional ha hecho saltar por los aires el sistema de garantías de los derechos individuales establecido por el Estado liberal. Desde esta perspectiva, la extensión y/o la reducción de la libertad individual reposa, básicamente, en algo tan frágil y tan volátil como el estado de ánimo de la opinión.

En un proceso político competitivo, como lo es la democracia, el debilitamiento y/o la desaparición de las restricciones de las facultades gubernamentales impulsa el crecimiento inexorable del Estado. Las coaliciones políticas que favorecen el aumento de los gastos del Estado y/o la intervención de éste en la vida social y económica son siempre más numerosas y más eficaces que las que podrían intentar oponerse a esos movimientos. Aunque todos los ciudadanos sean a la vez "beneficiarios" y "contribuyentes" de la acción pública, les parecerá más rentable y menos costoso organizarse para que el Estado adopte medidas redistributivas a su favor, que hacerlo a fin de restringir la expansión del gobierno. El cálculo racional de sus intereses les conduce a favorecer el aumento de su bienestar individual mediante el incremento de las aportaciones redistributivas del Estado y/o de las regulaciones. La difusión de los costes de la actividad pública y la concentración de los beneficios que produce constituyen un potente motor para el aumento del papel del Estado en las sociedades modernas. La política actúa así como un mercado competitivo: ejerce una selección natural en beneficio de las coaliciones de intereses más eficaces y elimina las menos eficaces en perjuicio de los intereses generales. Es la *mano invisible* de Adam Smith funcionando al revés.

Lo irónico es que el moderno y todopoderoso Jano Ejecutivo-Legislativo no es un vehículo para que la mayoría imponga sus fines a las minorías, ni siquiera un instrumento para que las elites político-burocráticas, la casta gobernante, haga lo que quiera, sino un mecanismo al servicio de los múltiples grupos de presión y de interés que operan en las sociedades democráticas. La desaparición fáctica de

la división de poderes en las democracias modernas ha creado un nuevo Leviatán que, a través de la legislación y del poder fiscal, gobierna con altos niveles de discrecionalidad, y cuya única restricción efectiva no es la ley o la Constitución, sino la opinión pública. La opinión pública considera que el pueblo no necesita protegerse de sí mismo y estima que un gobierno democrático está legitimado para perseguir fines concretos, aunque ello suponga violar derechos de terceros. El Estado democrático moderno es, pues, una gigantesca máquina en la que, parodiando a Bastiat, "todo el mundo quiere vivir a costa de todo el mundo".

A estas alturas es posible afirmar que dos tendencias ideológicas han operado en paralelo para erosionar las barreras levantadas por el constitucionalismo liberal al ejercicio de la coerción estatal: la regulación del capitalismo y la desregulación de la democracia. Cuantos menos controles tiene el moderno Estado democrático, más débil se vuelve al transformarse en un juguete de las distintas facciones, de esas singulares agrupaciones de buscadores de rentas a las que les resulta más provechoso obtener privilegios del poder que realizar actividades productivas en el mercado. Sin duda, algunos fenómenos recientes (véase la globalización) son fuerzas que, al poner de relieve las deficiencias y los costes de los sistemas social-corporativos, trabajan en su reforma. Ahora bien, eso no es suficiente para contrarrestar el poder del moderno corporativismo que se ha señoreado de las democracias desarrolladas.

La restauración del gobierno limitado exige desplegar las baterías para iniciar una formidable batalla intelectual para educar a las nuevas generaciones en las ventajas que la democracia liberal ofrece frente a la situación actual. Cabe imaginar y diseñar ingeniosos artilugios constitucionales para restringir la extensión de la coerción estatal, para sacar al zorro del gallinero, pero no se introducirán o su vigencia será precaria si el consenso cultural imperante sigue envenenado por la ponzoña colectivista. Este es el factor determinante que ha erosionado y erosiona las creencias sobre las que se asienta la creación y la conservación de las instituciones libres.