

LIBERTAD Y CONSTITUCIÓN

Mario F. Federici

LIBERTAD Y CONSTITUCIÓN

Por el Dr. MARIO F. FEDERICI

“à la vigilance...et au courage de tous les francais”.
(Constitución Francesa de 1791, Título VII, Art. 4.)

1. La libertad como fuente de una nueva legitimidad

La evolución del pensamiento político del siglo XVIII preparó las condiciones que condujeron hacia los hechos revolucionarios que se manifestaron mediante la Declaración de la Independencia Norteamericana en 1776 y la Revolución Francesa en 1789. Ambos acontecimientos constituyeron bisagras históricas que determinaron la aparición de un nuevo orden político y una nueva legitimidad institucional de los estados modernos. De esta forma, un nuevo estado del espíritu individual y colectivo de los pueblos se fue estableciendo al promediar el siglo XVIII y que los filósofos más lúcidos, especialmente de Francia, Inglaterra y Estados Unidos, supieron expresar y sistematizar en sus obras logrando que tales ideas y Estado se difundieran universalmente. Por el momento mantenemos el foco del análisis en la cuestión de la libertad.

En ese marco mencionado precedentemente se fue revelando de manera progresiva la fuerza cultural y no solamente jurídica y política del constitucionalismo, como un movimiento encargado de informar y poner fin a la vigencia de las reglas del absolutismo impuestas por el Antiguo Régimen. Así, la libertad es reconocida y rescatada como la facultad originaria del ser humano, orientada naturalmente por la racionalidad de las leyes que expresan la voluntad general, a la cual solamente aquella facultad autónoma se subordina. De esta manera, se instala el precepto del “imperio de la ley” o principio de legalidad para validar los actos de las autoridades públicas o de los particulares. En una definición corta, la legalidad determinaría el campo de la libertad permitiendo hacer todo lo que aquella no prohibía. Más adelante veremos en el apartado siguiente cómo este principio debía ajustarse.

La Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa constituyen dos bisagras históricas que desembocan en la inauguración de un nuevo ciclo reflejado en la consagración de declaraciones fundacionales del constitucionalismo, cuya estructura y construcción se sostiene sobre la base de un núcleo fundamental: la libertad de la persona humana en todas sus dimensiones, que son expresadas jurídicamente por los derechos fundamentales.

Efectivamente, la Declaración de la Independencia, que fuera precedida por la Declaración de Virginia, en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia, afirman el reconocimiento de derechos fundamentales, inmanentes a la propia naturaleza del ser humano y por lo tanto reconocidos a todos. Estos derechos naturales preceden a cualquier poder político, mientras que la autoridad de este último emana solamente de la voluntad del pueblo y su justificación reside exclusivamente en asegurar la realización efectiva de aquellos. Todo ello permite afirmar también que la reivindicación del respeto a la libertad es el elemento consustancial del que deriva simultáneamente la democracia. No hay democracia sin libertad.

En ese marco ideológico irrumpe el concepto de Constitución, entendida como el instrumento de ruptura histórica mediante el cual el pueblo expresa su energía constituyente estableciendo la garantía de la libertad y consecuentemente derogando de forma irrevocable las instituciones que habían estatuido los privilegios del *Ancien Régime*¹.

Sin desconocer la importancia e influencia de los antecedentes estatutarios, jurisprudenciales, políticos y convencionales existentes en Inglaterra, y que desembocaron en la “gloriosa” Revolución de 1689, estableciendo en dicho país la monarquía constitucional, puede decirse sin embargo que es recién más tarde, a fines del siglo XVIII, cuando los principios del constitucionalismo se sistematizan formalmente y son aplicados como fuentes de fundamentación para el establecimiento de un nuevo orden político, es decir, el Estado de derecho y la democracia constitucional. En consecuencia, es a partir de allí que en todas partes comienzan a promoverse procesos constituyentes que formulan y sancionan constituciones escritas consagrando las ideas y principios de esa nueva fuente de legitimación. Eso no significa que tales procesos son idénticos y nacen completos y perfectos en todas partes. Deberán superar conflictos y asumir compromisos propios de cada realidad particular ya que toda Constitución no emerge de un vacío sino de una realidad histórica y social concreta².

Esos textos constitucionales se establecen como instrumentos novedosos de garantía de la libertad frente al poder estatal. Así, las constituciones se imponen progresivamente a todos, gobernando

¹ Tomás y Valiente, Francisco, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 33.

² Como todo proceso histórico y en particular los procesos de transformaciones tan radicales requieren tiempos de perfeccionamiento institucional ulteriores. La democracia constitucional no es un régimen que aparece completo y perfecto de manera espontánea en un vacío histórico y social. De hecho, el concepto de Constitución tiene un punto de inicio en el cual se transforma en la idea de un régimen político abierto donde el principio básico de libertad sobre el cual nace y se sostiene se manifiesta como una fuerza cuyo carácter relevante es el de promover la expansión permanente de sus propios contenidos y espacios constitucionales.

tes y gobernados, en el marco de los principios consagrados en aquellas declaraciones fundacionales citadas más arriba. En consecuencia, la Constitución se convierte en bandera y objetivo de un ideal revolucionario³. Ella deja de ser una referencia abstracta, un proyecto teórico o una decisión no vinculante de la voluntad del gobernante para transformarse y manifestarse como un acto que expresa la voluntad concreta de un pueblo, que al constituir la forma de gobierno que desea no hace sino manifestar formalmente la realización de su libertad⁴. Una Constitución que rompe con el pasado para establecerse como la expresión de una legitimidad nueva, mediante la cual el pueblo reivindica la recuperación de sus libertades naturales⁵. De esta forma se asienta y fundamenta el

³ Los diputados del Tercer Estado que se mantuvieron reunidos en Versalles en 1789 expresaron con notoria y desafiante firmeza al rey soberano que de allí no se moverían hasta que la Asamblea no se diera una Constitución. En ese marco se configura el concepto de “poder constituyente” como expresión de la voluntad de la nación para darse la forma de gobierno que lo representara y que E. Sieyès desarrolla en su obra “¿Qué es el Tercer Estado?”.

⁴ Paine, Thomas, “*The Rights of man*”, 1791. <http://www.ushistory.org/Paine/rights/index.htm>

⁵ Esta es quizás otra diferencia importante a señalar en la comparación de los procesos revolucionarios norteamericano y francés con el de Inglaterra. En efecto, por un lado la estructura política y social en Inglaterra era menos rígida que en las monarquías feudales de los demás países del continente europeo ya que mientras en Inglaterra el proceso de flexibilización y desarticulación del feudalismo y del absolutismo ya puede observarse en el siglo XIII y desaparece totalmente en el siglo XVII, en Francia la caída del absolutismo y sus estructuras feudales se dará en el siglo XVIII, en España en el XIX y en otros países recién en el siglo XX. Las transformaciones impulsadas por el desarrollo de las actividades comerciales se traducirán en la aparición más temprana en Inglaterra de una burguesía poderosa y extendida que impulsará la intensificación de los procesos de transformación de las estructuras sociales y políticas más tempranamente que en los demás países. Por eso mismo, incluso desde la Carta Magna de 1215 hasta el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra no existieron en principio expresiones de voluntad para darse una nueva Constitución desde movimientos revolucionarios sino más bien la reivindicación del respeto a las tradiciones preexistentes constituidas en derecho del país (*the law of the land*). En cierta forma se puede asumir que en Inglaterra el reconocimiento de la libertad y los derechos no fue el resultado de una ruptura con el pasado sino precisamente el desarrollo de un proceso lento y prolongado que fue consolidándose progresivamente y configurando al mismo tiempo el espíritu y carácter de la nación y su capacidad para escandalizarse y reclamar ante la autoridad cuando esta se excedía abusivamente en el ejercicio de sus atribuciones, como lo prueba el debate parlamentario del cual surge la *Petition of Rights* de 1628 arrancada al rey Carlos I. Este no respondió a un objetivo revolucionario sino simplemente al requerimiento firme de respetar la vigencia del Art. 39 de la Carta Magna como respuesta a hechos abusivos del rey y sus funcionarios. (Existe numerosa bibliografía disponible para profundizar esta tesis sobre la evolución del régimen político inglés. Para esta nota he utilizado las obras de Maurice Thomas “*The English Heritage*” en su versión en español “Derecho e Instituciones de la Gran Bretaña” de Edit. Minerva, México

Estado constitucional, instituido para proteger y asegurar los derechos naturales. En esa misma línea, más tarde en 1853, el constituyente argentino enuncia en el Preámbulo de la Constitución el objetivo de *asegurar los beneficios de la libertad* para todos los habitantes.

Esa formulación de la libertad buscaba significar el ejercicio de los derechos humanos en todas las categorías y expresiones comprendidas en la voluntad de las personas, como manifestación de su autonomía, en la medida que con ello no interfiriera con los derechos de terceros y de la sociedad misma en su conjunto. Esa manifestación pretendía, por sobre todo, ponerles límites a los gobiernos e impedir el ejercicio arbitrario de sus facultades violentando los derechos de las personas.

De esta forma, el establecimiento de esa nueva legitimidad producía el desplazamiento de la legitimación tradicional de la soberanía de los reyes, construida durante la edad media y afirmada políticamente con la aparición del Estado moderno en su fase absolutista. Una construcción que incluía caracteres “místicos” asociados a ciertas rémoras de una tradición cultural y religiosa del poder. Sobre esta tradición se sostenía consecuentemente la autoridad *soberana* de los monarcas. Pero esa soberanía en manos del gobierno dejaba librada a su voluntad una omnipotencia ilimitada y absoluta al corporizarla y confundirla con la persona del gobernante.

Con el desarrollo y evolución ulterior de la modernidad y la filosofía política moderna, las Asambleas y Congresos constituyentes se despiertan en Europa y América racionalizando el reconocimiento de la titularidad de la soberanía en el pueblo. Así, la voluntad constituyente del pueblo se establece como la fuente de legitimación del sistema político y la autoridad del gobierno,

DF, 1945. También pueden encontrarse referencias interesantes en el libro de Carlos Jáuregui Arrieta, “Breve Historia del Parlamento Inglés y otros temas afines”, Edit. Depalma, Bs. As. 1993).

produciendo el desplazamiento de los fundamentos teóricos tradicionales del absolutismo por la superación racional de la democracia constitucional.

Ese despertar constituyente reconoce la fuerza normativa de la ley que se impone a todos, gobernantes y gobernados. De esa manera, el poder político del Estado se institucionaliza, es decir, se somete a la fuerza de la formulación normativa que lo estatuye y determina en el marco de la legalidad, rechazando la precedente personificación e identidad con el gobernante establecido. A partir de esta nueva conceptualización del Estado, podrá ser declarado ilegítimo cualquier poder político ilimitado, es decir, absoluto u omnipotente⁶.

2. La Constitución como garantía de la libertad

No obstante el desarrollo expuesto en el apartado precedente sobre la garantía de la libertad, muy rápidamente se constataría que el concepto de pueblo o nación, constitutivo de la nueva soberanía y principio de legitimación, estaba desprovisto de los mecanismos formales necesarios para impedir operativamente los excesos del gobierno. La nación, como el nuevo soberano ahora abstracto, podía convertirse en una mera referencia declarativa fácilmente canibalizada por quienes detentaban el ejercicio efectivo del poder y el control de las instituciones del nuevo régimen político.

Efectivamente, en nombre del pueblo el gobierno parecía no tener barreras efectivas para apropiarse de la soberanía y constituirse en su exclusivo depositario, sin que esa nominalidad consti-

⁶ *Cfr.* “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1789), Art. 16: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

tuyera una garantía u obstara emplearla absolutamente, sin límites formales y materiales. La legalidad se revelaba insuficiente para garantizar la libertad. Efectivamente, la realidad empírica venía insinuando la amenaza de que aquella soberanía ejercida en nombre del pueblo podía ser alterada, cooptada o capturada, por un individuo o un grupo que no tuviera escrúpulos ni voluntad para defender la libertad declarada, esa libertad que había alimentado los ideales y el entusiasmo de una voluntad revolucionaria frente al Antiguo Régimen. De esa forma, la libertad podía ser objeto de apropiación y alterada total o parcialmente, reconstruyendo paradójicamente nuevas formas de absolutismos con fachadas nominalistas autoproclamadas como populares y revolucionarias⁷.

Ante tal amenaza es cuando se revela y reaviva el papel e importancia de la Constitución, no solamente para negar el absolutismo monárquico, sino también fundamentalmente para garantizar la libertad prescribiendo su supremacía y fuerza normativa. Así, la Constitución dejaba de ser interpretada como siendo una mera Carta programática para constituirse en la fuente formal de legitimidad del poder. En otros términos, la Constitución se jerarquiza y asume como el instrumento formal de la revolución, pero esencialmente es interpretada y asumida como la expresión de derechos preexistentes del pueblo para imponer su voluntad de ser libre y determinar soberanamente los principios fundamentales que garantizan sus espacios de libertad⁸. En consecuencia, la supremacía de la Constitución se fundamenta asimismo desde la lógica política con referencia al poder constituyente del que ema-

⁷ La historia es generosa en brindar ejemplos empíricos de estos fenómenos. Baste aquí mencionar las características del régimen “popular” francés instituido por Napoleón III, que Marx describe en su “18 Brumario” como “bonapartismo” para referirse a un régimen autoritario o dictatorial de fachada democrática.

⁸ *Cfr.* Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 2L. Ed. 60 (1803): “...Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales.”

na y su jerarquía sobre los actos de los poderes constituidos con que se expresan los gobiernos. Para ello, establece límites y controles al ejercicio del poder por el gobierno y de todas las demás autoridades públicas constituidas. Por lo tanto, la legitimidad de todas ellas no es otra que la que deriva de la congruencia de su acción con los principios y disposiciones de la Constitución.

Esta conceptualización jurídica y política de la Constitución constituye el más valioso aporte del constitucionalismo a la democracia como régimen de garantía de los derechos humanos y la libertad del pueblo ante las autoridades políticas constituidas. La Constitución, las garantías de los derechos humanos y la libertad en las democracias constitucionales son valores indisociables que se imponen sobre todos, gobernantes y gobernados, y comprenden además la dignidad, la igualdad de las personas y el pluralismo, entre otros.

Esa idea de la Constitución, como instrumento axiológico articulador de lo político y lo jurídico, sobre el cual se sustenta la democracia constitucional, es lo que la doctrina y la práctica constitucional norteamericana pondrá tempranamente de relieve respecto de la la función y el papel de los jueces frente al planteo de la defensa de su supremacía como garantía de la libertad y los derechos. No es exagerado afirmar, en este sentido, que la vigencia efectiva de la Constitución, su fuerza normativa y la defensa de sus valores y principios están vinculados directamente con el papel de los jueces y la capacidad jurisdiccional para hacerla respetar. Es a los jueces, independientes de cualquier otro poder formal o fáctico, a quienes corresponde decir lo que es constitucional y hacerlo aplicar⁹. No es difícil observar el funcionamiento de los sistemas políticos en la realidad empírica y constatar que allí donde esa capacidad no está políticamente institucionalizada y afirmada, ni robustecida jurídica y moralmente mediante la inde-

⁹ *Cfr.* La Constitución Argentina recepta esta doctrina en el Art. 116 de la CN.

pendencia judicial, el respeto y la vida misma de las constituciones son siempre efímeros y en consecuencia allí también lo son la libertad y los derechos¹⁰.

3. La libertad como fuente de derechos y ciudadanía

La libertad es el valor fundamental reconocido en las constituciones que establecen regímenes republicanos y democráticos, es decir, en las constituciones inspiradas en los principios del constitucionalismo. Estos se proponen garantizar precisamente dicha libertad e institucionalizar el poder del Estado en función de la realización de tal garantía.

Este valor se manifiesta jurídicamente mediante los derechos que la expresan y configuran, cuya realización material deriva de la existencia efectiva de aquel en la realidad sociológica y política. Sin la vigencia de la libertad los derechos tampoco tienen vigencia ya que ésta deriva de aquella, en donde encuentran su sustento operativo. Precisamente, la realización de los derechos que configuran y expresan jurídicamente la libertad constituye la condición de ingreso de los individuos en la sociedad con la cualidad y estatus de persona y ciudadano. En consecuencia, los espacios de ciudadanía están vinculados con los espacios de libertad existentes en una sociedad. En este sentido, los gobiernos democráticos asumen el deber y el compromiso de maximizar la creación de ciudadanía mediante la multiplicación de las condiciones y los espacios de realización y expresión de las libertades, individuales y colectivas.

La libertad es un derecho natural. Consiste en poder hacer todo lo que la ley no prohíbe, en la medida que dicha ley esté sujeta y conforme al control de constitucionalidad y a los compro-

¹⁰ *Cfr.* Tomás y Valiente, F., ob. cit. p. 36. El autor ofrece como prueba de ello el examen comparativo entre la Constitución de Filadelfia y la Constitución francesa de 1791.

misos asumidos por la sociedad política a través de los tratados y convenciones internacionales. Estos últimos extienden el alcance de aquel a lo que la doctrina actual llama el control de convencionalidad. Así, las leyes deben establecer las reglas concernientes a las garantías que aseguran a todos el ejercicio de la libertad en sus diversas manifestaciones.

Como todo derecho fundamental, en tal sentido, la libertad también está sujeta a límites sin los cuales se transformaría en actos individuales o colectivos antisociales¹¹. Todas las constituciones del constitucionalismo admiten que el legislador es competente en establecer estos límites¹² que, sin embargo, no pueden ser arbitrarios, ni excederse abusivamente ya sea sobre las situaciones como sobre los núcleos mínimos necesarios sin los cuales la libertad se extinguiría.

Así reconocida, la libertad como fundamento de los derechos y afirmación de la ciudadanía, ella es también el fundamento de la responsabilidad. Ello significa que las personas son libres y gozan socialmente de los beneficios de la libertad, pero precisamente por ello son responsables por los deberes que asumen y de cuyo cumplimiento deben rendir cuentas. Un ciudadano es una persona capaz y consciente de sus derechos, pero ello incluye también los deberes y obligaciones por los cuales rinde cuenta ante la sociedad en la cual convive y disfruta los derechos. En este sentido es preciso comprender la libertad como responsabilidad.

Precisamente por eso, el estatus de ciudadano implica asumir las restricciones razonables que le impone la sociedad y que tienen por finalidad asegurar la convivencia entre todos los miembros de la comunidad política. Como contracara positiva de tales restricciones, todo ciudadano es también consciente de los mayores beneficios que obtiene en el balance que resulta de la relación con

¹¹ CSJN (1922), causa Ercolano.

¹² Conf. Art. 14, 19 y 28 de la CN Argentina.

esas restricciones. Estas tienen por finalidad hacer posible para todos el ejercicio de los beneficios de la libertad en la sociedad. En tal sentido, el compromiso con el ejercicio responsable de la libertad es la fuente de la ciudadanía y su grado es la medida de aquella. Precisamente, sin libertad tampoco hay ciudadanía. El carácter de ciudadano lo da la capacidad que tiene todo individuo para exigir la realización de sus derechos ante cualquier autoridad pública y obtener una respuesta razonable. En este sentido, la libertad no es solamente el enunciado de un principio sino esencialmente la disponibilidad inmediata de un remedio mediante el cual un individuo pone en valor sus derechos frente a una injusticia que pretenda vulnerarlos. En esto consiste precisamente la ciudadanía como concepto y realidad, obviamente indivisible de la libertad. De ello no deriva que la libertad pueda ser entendida con cualquier extensión sino en los límites de la razonabilidad de su ejercicio y sin alterar la misma libertad a los demás. Todo individuo tiene derecho, por ejemplo, a transitar libremente por la vía pública sin que nadie se lo impida arbitrariamente, pero nadie tiene el derecho de impedir a otro que transite también libremente por ella. Si tal circunstancia ocurriera, el afectado se vería lesionado en su libertad ambulatoria y ante su requerimiento la autoridad competente deberá intervenir inmediatamente para remediar esa restricción ilegítima. Está claro entonces que si la libertad es el carácter propio del ser ciudadano ella es indivisible de su comprensión como responsabilidad.

En una autocracia, por el contrario, la libertad no es más que el goce de un privilegio otorgado discrecionalmente por el gobernante, ya sean bienes, cargos, concesiones, subsidios, etc. Tal situación no puede ser otra cosa que la reproducción del absolutismo, donde el gobernante reparte privilegios discrecionalmente, es decir, según su arbitrio, preferencias y voluntad, sustentadas ya sea en principios o en preferencias o humores personales. El gobernante podrá ser un déspota que actúa con crueldad y empleando la fuerza, pero puede ser también un gobernante paternalista, que

distribuye bienes necesarios en circunstancias determinadas por su propia voluntad. En ambos casos, hay siempre una distancia sustancial entre él y sus súbditos beneficiarios, en uno y otro caso el gobernante establece una relación con estos desde “arriba”, es decir, desde la afirmación de su jerarquía y superioridad. Las relaciones son verticales y solamente descendentes. En consecuencia, no hay heteronomía en la decisión autodeterminada por un acto de voluntad personal. En ese marco, no hay derechos ni beneficios de la libertad ya que esta se convierte en una concesión o en un acto compasivo, frente a ella la libertad del beneficiario es inexistente o en cualquier caso su autonomía se encuentra limitada por la voluntad del gobernante y no por la ley.

En ese escenario autocrático no hay libertad y en consecuencia tampoco ciudadanía. El individuo está supeditado a una voluntad formalmente irrestricta, por sobre la ley. Esta le impide a aquel disponer de garantías e instrumentos eficaces para acceder y realizar sus derechos. En los hechos, tal situación determina la inexistencia de ciudadanía y la conformación de una comunidad cuyos miembros están desposeídos de sus derechos. En consecuencia, solamente tienen el estatus de *súbditos*, pero no de ciudadanos. Ello es así, más allá de los privilegios o concesiones, más o menos extendidas, que decide y provea discrecionalmente la voluntad del gobernante.

4. La fragilidad de la libertad

La libertad es un valor constitucional cuya vigencia está siempre amenazada. En especial, la libertad está amenazada por la soberbia y las ambiciones egoístas de los individuos, particularmente de los políticos que alcanzan los cargos en la estructura del poder estatal y disponen de los instrumentos de gobierno facilitados por el aparato político y administrativo del Estado. El riesgo

que implica el gobernante situado por sobre la ley constituye una amenaza permanente que solo puede prevenirse por la lucha constante del pueblo por su libertad.

La libertad está también amenazada por las ideologías y el fanatismo, en la medida que estas son manifestaciones de ideas y creencias intolerantes, impermeables a la comunicación y diálogo con las ideas y creencias distintas. Incapaces de coexistir en un marco plural, pretenden imponer su hegemonía y un relato único incompatible con la diversidad democrática y la libertad de expresión de las ideas y creencias diferentes.

Esas tentaciones y amenazas, con frecuencia se manifiestan en el marco de las democracias débiles, imperfectas o híbridas¹³. Estas son aquellas cuyas instituciones son insuficientes para impedir los intentos más o menos exitosos de destrucción de la sociedad civil por parte de sus gobernantes o de otras fuerzas políticas o fácticas que se propongan alterarlas mediante el ejercicio abusivo del poder formal o real. Aunque se mantengan segmentos democratizados de la realidad política y social, actúan neutralizando los controles, desconociendo las instituciones intermedias de mediación y participación, el monitoreo de sus actos, el pensamiento crítico y las expresiones de la opinión pública general. Solamente considera como verdaderas las opiniones coincidentes con sus propias creencias dogmáticas o sus propios intereses particulares.

El llamado populismo, en cualquiera de sus expresiones y signos, se encuadra en esta categoría de regímenes amenazantes de la libertad. Detrás de una retórica de fachada anti-elitista construye una autocracia que emplea una variedad de recursos desafiantes de las instituciones democráticas y la separación de poderes. En tal sentido, el populismo concentra sus energías políticas en diseñar permanentemente estrategias de conservación del poder político

¹³ Entendemos por democracias “híbridas” aquellas donde coexisten elementos institucionales de la democracia y comportamientos tendencialmente autoritarios o alteraciones en la interpretación y aplicación del orden constitucional.

desde construcciones tendencialmente hegemónicas, actúan para desprestigiar y destruir el sistema de partidos y las instituciones de representación democrática, no se plantean compromisos con el pluralismo ni con la libertad de expresión. La prensa en ese contexto no tiene otra función para el gobernante que construir poder propio y destruir el de los demás¹⁴.

Tales intentos de destrucción social son componentes intencionales de una estrategia que persigue impedir la necesaria articulación de la libertad y el equilibrio entre el Estado y la Sociedad, con el fin de cercenar espacios críticos de ciudadanía o imponer discrecionalmente el sometimiento de la sociedad a la voluntad del gobierno o de un sistema autocrático y substancialmente des-institucionalizado.

La libertad también está amenazada por la desigualdad social y la inseguridad, en sus diferentes expresiones. Difícilmente la libertad pueda realizarse en un marco de desigualdades irrazonables perdurables en el tiempo, donde los privilegios generen rencores y quiebres morales profundos. En tales situaciones se favorecen las condiciones de aparición y desarrollo de la violencia en las relaciones sociales. En las democracias, la libertad y la igualdad se implican recíprocamente y es un error importante pensar en ellas como principios o valores opuestos de una estrategia democrática alternativa. Promover el enfrentamiento entre ambas es la forma más eficaz de destrucción de la democracia constitucional.

La libertad está también amenazada por la corrupción. Esta es el producto de una concepción perversa del poder en donde el gobernante busca exclusivamente sacar provecho personal desde su cargo apartándose de las normas y de la ética, considerando al Estado como un recurso patrimonial propio. De esta forma el Estado se transforma en una “caja” y como tal en el objeto de la

¹⁴ Ver el análisis de las relaciones de los Kirchner con los medios realizado por Beatriz Sarlo en *La Audacia y el Cálculo*, Sudamericana. Buenos Aires, 2011.

codicia inmoral de la “coima” como retribución por la facilitación de un contrato, una licitación, un subsidio o un negocio. En la medida que exista confusión entre las élites políticas y los gobernantes con los negocios, la democracia se resquebraja y corrompe fatalmente. Con ella la ley pierde su sentido moral y los actos se opacan encubriendo negociados facciosos “entre amigos” que se enriquecen desmesuradamente en forma ilícita a costa del bien común. Para ello se altera la legalidad con las consecuencias inmediatas sobre la igualdad y la libertad para beneficio de grupos situados dentro y fuera del Estado.

5. La libertad y los límites de la autonomía individual

Más arriba se mencionó que la libertad implica límites. La idea de una libertad absoluta sería incompatible y además contradictoria con la condición social que caracteriza la existencia de los seres humanos, que son personas situadas en la sociedad. Además, por tratarse de personas dotadas de inteligencia o razón y libertad, ellas son sujetos responsables, en el sentido moral y jurídico de la expresión, es decir, titulares de derechos y obligaciones, responsables por los efectos de los actos y situaciones que promueven desde las condiciones donde deciden situarse. Siendo un sujeto moral, esas condiciones no anulan su voluntad ya que son consecuencia de ella, por eso son también responsables por los efectos que de ellas resulten.

En conformidad con lo anterior, las regulaciones de las democracias republicanas al ejercicio de la libertad son legítimas. Tal función regulatoria tiene la finalidad de operar sobre la voluntad y responsabilidad de las personas y actuar para garantizar el desarrollo colectivo de los espacios de ciudadanía, es decir, los ámbitos de ejercicio y goce efectivo de los derechos.

Por otra parte, en ningún caso esa función regulatoria se justifica para extender arbitrariamente los ámbitos de ejercicio del poder a expensas de la libertad individual y colectiva del conjunto de la sociedad, sino precisamente para tutelarla frente al desarrollo de poderes fácticos o institucionales que pretendieran sobreponerse a ella. En consecuencia, ninguna regulación es legítima si no es en función de un interés colectivo que la justifique y realice mediante la razonable determinación de los medios adecuados para concretar dicha finalidad común.

En tal sentido, la libertad está sujeta a la autoridad. Es la Constitución misma la que impone la razonabilidad de dicha sujeción, al mismo tiempo que determina los límites de la potestad reglamentaria, que no puede extinguir el ejercicio eficiente de la libertad, aunque tampoco puede dejarla abierta a la incondicionalidad de la anarquía. En esto se reconoce precisamente el papel y la vigencia de la garantía republicana de la libertad. Una libertad ilimitada provocaría también interferencias ilimitadas de todos entre sí y ello conduciría al caos social donde solamente sería esperable dos situaciones: a) no habría forma de garantizar ni satisfacer las libertades mínimas necesarias para el desarrollo de cada uno; b) la libertad de los más débiles y vulnerables sería suprimida por los más fuertes¹⁵. Por eso, la libertad no puede considerarse sino como un valor fundamental que contribuye al desarrollo de las relaciones y la convivencia social y no como una facultad ilimitada de la voluntad individual o colectiva.

La afirmación precedente conduce a la cuestión de los límites a la facultad de limitar. En efecto, la necesidad de determinar condiciones al ejercicio de la potestad reglamentaria tiene como finalidad preservar la libertad misma, respetando contenidos mínimos que no pueden ser objeto de restricciones en ningún caso sin que ello no impida el desarrollo de las facultades naturales

¹⁵ Quinton, Anthony. *Filosofía Política*, FCE (Breviarios), Madrid, 1974.

de las personas para realizar sus proyectos como seres humanos. Para ello, el constitucionalismo provee mecanismos tendientes a frustrar las amenazas derivadas de cualquier intento irrazonable que se arrogue facultades soberanas contrabandeadas a través de los intersticios de la legalidad democrática.

La teoría constitucional ha desarrollado el principio genérico de *razonabilidad* reglamentaria, como límite constitucional al ejercicio de las potestades reglamentarias. La doctrina judicial por su parte elaboró diversos principios y reglas aplicables en los casos concretos apoyándose en dicho concepto como eje esencial y orientador del debido proceso y garantía de los derechos¹⁶.

Por otra parte, el constitucionalismo democrático es incompatible con cualquier forma de integrismo que busque apropiarse de la legitimidad del pueblo mediante decisiones y justificaciones de una democracia radical o fundamentalista. Desde que estas formas son intolerantes no son republicanas y, en los hechos, constituyen amenazas para la libertad y la democracia por su intolerancia dogmática a la diversidad ideológica, como también por las concepciones confrontativas y violentas que fomentan en el discurso y en la acción política.

6. Libertad y educación: constituyentes de una sociedad civil fuerte

En este punto es donde se confirma que la libertad no puede ser jurídicamente garantizada sino cuando es sociológicamente respetada. La libertad es un dato revelador de la dimensión constitucional del Estado. Ella se relaciona con las tradiciones que determinan los comportamientos políticos y sociales que la institucionalizan en

¹⁶ El principio de razonabilidad como límite de la reglamentación de los derechos está enunciado en la Constitución Argentina en el art. 28.

general. Ese respeto sociológico de la libertad es un producto cultural, sostenido por la norma jurídica constitucional. Ello requiere que los comportamientos de los líderes políticos y sociales, incluidos los gobernantes, estén persuadidos que la libertad es imposible destruirla cuando existe la convicción social y cultural respecto de la necesidad de afirmar y sostener la tradición republicana.

¿Cuál es la forma de influir sobre las conductas para fortalecer la convicción sobre la necesidad y los beneficios de la libertad? ¿Cómo influir sobre las personas, según la prescripción *roussoniana*, de “obligarlas” a ser libres?

Sin dudas esos interrogantes pueden motivar diversas respuestas. La que no puede omitirse, en primer lugar, es aquella que prescribe el deber de respetar la Constitución y sus principios republicanos. No hay libertad sin república, pero sin esta tampoco hay Constitución. Las constituciones son expresiones normativas que proyectan los principios de la tradición republicana, básicamente orientados a preservar y desarrollar la dignidad y la libertad de las personas. El respeto a la Constitución se traduce materialmente en la realidad como respeto a la libertad y a los consensos básicos que garantizan la convivencia social.

Sin embargo, el deber de respeto imprescindible a la Constitución será siempre frágil si no es el fruto de la educación y la vigencia de las tradiciones republicanas. Es aquí precisamente donde el Estado y la Sociedad comparten un papel decisivo. Mediante la educación, se logra armonizar las conductas de un pueblo con las de su sistema institucional y la responsabilidad de sus gobernantes. En efecto, la educación pone en evidencia los desarreglos y los vicios que emanan de cualquier voluntad hegemónica y absolutista. Educar significa preparar ciudadanos resistentes a cualquier forma de autocracia y rebeldes a cualquier forma de arbitrariedad consecuente. La educación hace visible los desplazamientos del gobierno hacia los márgenes de la Constitución y niega autoridad a cualquier voluntad absolutista que intente transgredir sus límites.

La educación promueve asimismo la participación y ambas, es decir, educación más participación es una fórmula positiva que contribuye a la formación de una opinión informada y que pone al descubierto cualquier disociación entre la voluntad general formal con la opinión plural del cuerpo social. Una sociedad así educada es más libre y autónoma, más requirente de la responsabilidad y rendición de cuenta del gobierno. Ella no se conforma exclusivamente con el llamado electoralista, pretende además participar en el proceso de decisiones y controlar sus resultados. La participación y el control social de los actos del gobierno son manifestaciones concretas del desarrollo democrático y el fortalecimiento de la autonomía de una sociedad civil fuerte.

En ese sentido, la educación es el cemento que une los ladrillos de la nacionalidad con la república, fortaleciendo las bases morales del carácter colectivo. Ningún país tiene futuro con un sistema educativo ineficiente y ello comprende todos los niveles, desde el inicio de la escolaridad infantil hasta la técnica y universitaria, comprendiendo una adecuada atención a la investigación científica. Tampoco pueden alcanzarse resultados satisfactorios sin un trabajo permanente de evaluación de la calidad de los resultados del sistema. Los países que retroceden en su calidad educativa retroceden asimismo en su capacidad para garantizar la igualdad, el desarrollo y el bienestar de su población. En esas condiciones la única previsión posible es la fragmentación social y la desigualdad que se manifiestan siempre en lesiones a la libertad.

7. La libertad de expresión y de prensa

En una democracia, la educación comprende una estructura específica establecida para instruir y proveer capacidades críticas y comprensión racional de la realidad, para someterla a las pruebas de verificación que confirmen su armonía y congruencia con los valores de la República y la Constitución.

En consecuencia, ella no puede ser concebida sino como educación para la libertad. En este sentido, es claro que una sociedad capacitada para ello encuentra en la libertad de expresión y de prensa la condición irreductible e imprescindible para formar la opinión del cuerpo social, entendida como fuente y fuerza de articulación motriz de la voluntad general en los procesos de formulación y ejecución de las políticas públicas. Es aquí donde aparece claramente el papel decisivo de la prensa.

No existe democracia sin libertad, pero más específicamente es impensable la democracia plural sin garantías a la libertad de prensa. No hay un peligro más amenazante para la democracia que la falta de libertad de expresión y de prensa. Cualquier gobierno sin libertad de prensa, decía Chateaubriand, es el peor de todos los gobiernos. Vélez Sárfield, en el debate sobre la incorporación del art. 32 en la Constitución Nacional, expuso ante la Convención Constituyente de 1860 su pensamiento sobre la libertad de imprenta en los siguientes términos, que mantienen plena vigencia: “(...) *La libertad de imprenta, Señores, puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo después que han elegido sus representantes al Cuerpo Legislativo. Cuando un pueblo elige a sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El pueblo puede conservar y conviene que conserve el derecho de examen y de crítica, para hacer efectivas esas medidas respecto de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos pues, pensar y hablar al pueblo y no se le esclavice en sus medios de hacerlo*”¹⁷.

La libertad de prensa contribuye a promover el debate democrático, institucionalizándolo en el mismo seno de la sociedad, más allá de los ámbitos formales exclusivos del sistema político,

¹⁷ Citado por Fayt, C. en *La Omnipotencia de la Prensa*, La Ley, Buenos Aires, 1994, p.101

al cual alimenta con sus frutos. De esta forma, contribuye a promover y completar la participación y formación de la voluntad general. El Congreso no puede expresar exclusivamente *per se* la voluntad general sin comprometerse con la realidad, manteniéndose en contacto con las expresiones que configuran la opinión del cuerpo social. Menos aún los poderes ejecutivos, si se encierran en sus propios marcos orgánicos y en la lógica del predominio electivo de la voluntad de ese órgano unipersonal en los presidencialismos, pero también se aplica a los parlamentarismos donde el jefe del gobierno es el promotor de la acción política. Ellos son expresiones representativas, producto de actos democráticos que los legitiman, pero que de ninguna forma pueden confundir esa representación con la opinión y soberanía del pueblo.

Las leyes y normas, en general sancionadas por los órganos del Estado, se confrontan con la opinión pública, configurada a partir de las dinámicas propias de los hechos y las reacciones de la sociedad. Es aquí donde se percibe la esencialidad del papel de la prensa en las dinámicas y funcionamiento del sistema democrático y su articulación social con la opinión.

En efecto, en una democracia cualquier gobierno se encuentra siempre ineludiblemente bajo el escrutinio de la opinión pública y de la prensa como mínimo, que contribuye a su formación. En consecuencia, debe mantenerse en diálogo constante con ella para producir sinergias institucionalizadas que contribuyan al enriquecimiento recíproco y a la calidad de la democracia. Si así no fuere no se trataría de una democracia, o en todo caso sería una democracia defectuosa, incompleta.

Si el gobierno representa la expresión de un momento electoral de la opinión pública, la prensa es el instrumento privilegiado de la opinión que registra los cambios y las dinámicas producidas en el seno de la sociedad, donde se mueven y expresan los diversos intereses que darán origen a las demandas de atención del sistema político. Es claro entonces que la libertad de expresión, en

sus diversas formas y a través de los variados medios existentes, configura una de las libertades fundamentales de la democracia republicana. Su reglamentación es siempre una cuestión extremadamente sensible que no puede abordarse sino desde una mirada restrictiva y determinada por la prudencia de la autoridad u órgano competente encargado de formularla. En Argentina, la censura ha sido absoluta y directamente excluida por el propio texto constitucional en su art. 14, mientras que la doctrina judicial ha extendido el concepto de censura a variadas formas indirectas como la indisponibilidad de papel para diarios, la exclusión de las pautas publicitarias, el exceso de controles, etc.

Existen enemigos, declarados o silenciosos, de la libertad de prensa. Son aquellos que con frecuencia caen en el error del falso razonamiento que confunde la prensa con la causa de la opinión, cuando en realidad no son más que su efecto y expresión, más o menos imperfecta, en función de la vigencia efectiva de la libertad de prensa, la transparencia del gobierno, la educación y el grado de organización de la sociedad civil.

En combinación con la educación y la organización de la sociedad civil, la libertad de prensa contribuye a promover la reflexión crítica e información de los ciudadanos. Estos constituyen los verdaderos agentes de la capacidad de formación de la opinión, como producto del cruce entre la calidad y disponibilidad efectiva de la información y la capacidad de reflexión crítica de la sociedad. Es un gran error de cualquier gobierno interponerse frente a la libertad de prensa, ya sea impidiéndola o intentando cooptarla o alterarla para emplearla estratégicamente. Esto último solamente agrega obstáculos al funcionamiento del sistema democrático, impidiendo la transparencia y el debate plural.

La libertad de prensa, por otra parte, promueve su propia reproducción mediante la multiplicación de los medios independientes y profesionales comprometidos con la calidad de sus recursos y productos. En donde la libertad de prensa se restringe

también se afecta la posibilidad de desarrollar medios y periodistas independientes, aquellos que contribuyan a expresar e intercambiar las diversas miradas e intereses que configuran y reflejan la opinión de la sociedad.

8. Los intelectuales y la defensa de la Constitución

Si una república se funda sobre la Constitución y los comportamientos de sus gobernantes y ciudadanos, influidos por las virtudes de la educación y la fuerza de la opinión, expresada con libertad, cabe interrogarse cómo se garantiza ese sistema en el marco de las sociedades complejas actuales.

Nuevamente con este interrogante reaparece la cuestión constitucional como garantía de unidad frente a la dispersión y pluralidad de intereses particulares e individuales. La libertad, derivada de la existencia de la república, solamente es sustentable en presencia de valores comunes, fundados sobre un sentimiento moral compartido que la garantiza. La libertad, desvinculada de esa moralidad, se degrada en la mísera búsqueda y defensa de los intereses materiales que satisfagan deseos particulares. En ausencia de otra moral que la de un Estado inflamado como un globo en su propio vacío ético, solamente es posible esperar la formación de una sociedad confundida por las pasiones que promueven egoísmos facciosos o individualismos socialmente insensibles. Estos provocan inevitablemente fracturas y conducen tarde o temprano hacia las diversas formas posibles de violencia política y social. Desde esa plataforma se desarrollan inexorablemente las desigualdades, los privilegios y la corrupción.

En un escenario como el descrito es donde la legitimidad del orden político y social, habiendo perdido sus vínculos morales, se degrada y conduce hacia el precipicio del fracaso. Fracaso que

arrastra a su vez la defección de sus intelectuales, incapaces de poner en valor sus propias cualidades y formación. Sus temores, omisiones e incluso traiciones al propio carácter que los define comprometidos con la verdad, contribuyen a profundizar el vacío y las consecuencias de la caída de un orden político sin moralidad que se precipita hacia su propio abismo, arrastrando consigo la libertad y la democracia.

Los intelectuales en una sociedad democrática tienen el deber y el compromiso de defender la libertad, constituyéndose en el faro vigilante que previene los desvíos y accidentes de un sistema que tiende a desplazarse apartándose de su rumbo y finalidad. El intelectual tiene el papel de exponer claramente las mutaciones del sistema cuando se traicionan los valores compartidos de un pueblo abandonado por sus instituciones. Es el papel necesario para despertar las conciencias e iluminar el conocimiento de la verdad, para motivar la movilización y defensa de las tradiciones más valiosas de la cultura democrática del pueblo.

En tales situaciones es cuando la Constitución se presenta no solamente como un texto sino como una idea, una fuerza-motriz desde donde rescatar la libertad como tradición y reserva cultural de la sociedad. Es decir, como fuente de reconstrucción soberana, restauradora de los controles y del rumbo que aseguran las condiciones de gobernabilidad democrática, con eficacia y legitimidad. Para ello, la república necesita del instrumento jurisdiccional atrincherado en su independencia y sus compromisos con la Constitución y la justicia, aplicando los principios y valores adoptados por ella porque definen la voluntad e identidad del conjunto de la nación, conscientes que su defensa y garantía, como lo proponía la cita de aquella Constitución histórica de los franceses en 1791, al afirmar que está sostenida en la vigilancia y el coraje de todo el pueblo.