
¿CUÁL ES EL PAPEL DEL DERECHO Y DE LOS JURISTAS AL SERVICIO DE LA LIBERTAD?

2ª PONENCIA

José J. Pintó Ruiz

Abogado

Exdecano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

SUMARIO

I. La libertad. II. La libertad y el orden. III. La gracia de la libertad (visión teológica). IV. La proyección «ad extra» de la libertad. V. El sujeto de la libertad: decisión. VI. Derecho y libertad. VII. El ámbito del ejercicio de la libertad. VIII. La libertad y las diversas limitaciones concurrentes. IX. ¿Es jurídicamente lógico que el hombre pueda prescindir de las limitaciones de su libertad? X. Las protecciones indirectas de la libertad.

I. LA LIBERTAD

1. «*Si initium doctrinae sit consideratio nominis*» –como decía Epicteto– aquí, sólo el concepto que quiere expresar la palabra LIBERTAD, es por su dimensión ontológica, por su desenvolvimiento y su proyección en la realidad humana y en la historia, realmente abismal y sobrecogedor. Da escalofríos.

2. Como cualidad esencial (no circunstancial) del individuo (en sí mismo) y por ende de la humanidad ha conocido la pluma de teólogos, filósofos, sociólogos, antropólogos, juristas y legisladores, literatos provocando –veámoslo muy elemental y panorámicamente– apreciaciones tan pendulares y extremas, como de un lado el determinismo () según el cual, la libertad, el libre albedrío, no existen porque el hombre fatalmente hace aquello que las circunstancias determinan, sin poderlo hacer de otra manera, hasta el otro extremo que sostiene que esta facultad humana es ilimitada, acercándose a una idolatría al estilo del becerro bíblico, y desviada. Y naturalmente, existe un espectro de diversas ideas intermedias susceptible de conducirnos, a una confusión, por demás evidente.

3. Más yo, pobre de mí, he sido y soy sólo un jurista práctico –como diría DURAN Y BAS– un abogado de a pie, que cree necesario, pisar el suelo, contemplar la realidad exterior, y partir de puntos definidores ciertos y esclarecedores, a través de la misma realidad fenomenológica.

4. Si pudiéramos elevarnos y contemplar panorámicamente el Cosmos, con sus planetas, sistemas solares, y estrellas, asteroides, su sobrecogedora inmensidad, y nuestro campo contemplativo se fuera ensanchando tendiendo al infinito, percibiríamos un rincón pequeño, nuestro planeta que llamamos Tierra, nuestra «Tierra». Hagamos un esfuerzo imaginativo y veamos el planeta, sin el hombre. ¡Qué maravilla!, la atmósfera, los mares, los ríos, la vegetación, la realidad viviente (botánica y zoológica), fenómenos atmosféricos.

Pero este planeta, gracias al hombre, ¡cuán diferente está! ¿Habéis pensado, habéis ponderado la maravilla, la excelsa singularidad y especialidad que es el hombre? Mirad nuestro planeta y el imperio del hombre sobre él. El mandato

bíblico «Multiplicaos i dominad la tierra» (Génesis 1,27-30) o sea aún más que haceros señores de ella está, por cierto, bien cumplido. Mirad nuestras construcciones, los edificios, las comunicaciones. Mirad la perfección de los transportes. Nuestro globo terráqueo está circundado por millones de kilómetros de conductores de líquidos o de gases, de fluidos o de energías, para que operen más allá de sus fuentes o se distribuyan; todavía más: está circundado por energías en situación dinámica que no vemos, pero que existen, y son conducidas por el hombre: las vibraciones hertzianas que se manifiestan profusamente en la radio, la televisión, en parte en la telefonía, la telegrafía, las abundantes emisiones de las cadenas comerciales, o estatales, internas de la policía, oficiales o clandestinas; las no queridas específicamente pero existentes también vibraciones electromagnéticas de los electrodomésticos y de los aparatos diversos, de los automóviles, muchas atemperadas, otras no del todo. Percibimos la perturbación que produce el encendido de un interruptor o su interrupción, la inducción de corriente, etc. Si todo esto se viera, veríamos el mundo rodeado de una red de varios colores, espesísima, siendo sus elementos móviles; vibraciones, diluyéndose, componiendo la ola círculos cada vez más grandes pero menos intensos, naciendo otras y nuevas perturbaciones sin interrupción.

Tampoco acabamos aquí. Existe otra red, la red inmensa y pavorosa que constituye el *totum* de las relaciones jurídicas que condicionan y a veces imponen la conducta humana en cualquier parte del mundo. Si dirigimos una mirada, sólo superficial, hacia esta red inmensa, toda ella interconectada, con relaciones de causa a efecto, con resultados a veces diferentes de los queridos y a veces no, con resultados que a la vez condicionan nuevas disposiciones, si examinamos la red de normas de Derecho público, estructurales las unas, impositivas las otras, atribuyendo sanciones a veces; las relaciones privadas entre los hombres, en el sí de la familia, estructurándola y reglándola; los contratos; las relaciones indemnizatorias no contractuales; las sucesorias, tras la muerte; si examinamos desde las normas que cuidan del hombre como individuo, hasta las relaciones entre naciones, internacionales, normas todas mayoritariamente cumplidas, a veces bajo el imperio de los Tribunales o de los ejércitos, con los aciertos y las grandes aberraciones que se producen en el mundo, nos hemos de sentir pequeños como delante de un caudal de agua incontenible, complejo, policromo, heterogéneo, diverso.

En el fondo, uno se maravilla de que no acontezca el caos, es decir, el desorden y el mal, y en cambio, pese a los gravísimos defectos, a nuestras incongruencias, a las monstruosas desviaciones parciales, el orden de una manera general, no del todo perfecta pero sensible y constructiva, impere sobre el caos gracias a la conjunción de leyes físicas, teológicas, morales y propiamente

te jurídicas. ¿Y quién es el sujeto activo y el sujeto pasivo de estas maravillas superpuestas a la naturaleza? El hombre individual, el individuo que con su sentido gregario y su capacidad creativa ha sido capaz de ordenar todo esto, estas maravillas, y es que el hombre es una maravilla sublime de este mundo.

5. Y prescindiendo de que hayan sido o no inspiradas, y siempre al menos instrumentalmente ¿Qué es lo que ha sido la causa de todo ello? Pues un conjunto sobrecogedor de decisiones que el hombre y los hombres han adoptado sucesivamente; individual y colectivamente. Y las han adoptado con CONCIENCIA (es decir, con «*cum scienientia*» con conocimiento de las cosas), y con voluntad, y, con esta voluntad ha optado entre acoger o no acoger, una u otra opción (decisión) y este conjunto de decisiones que el hombre toma, ha provocado este resultado.

6. Y cada decisión, ha sido posible, porque el hombre es enteramente libre, absolutamente libre. Si el hombre no fuera libre, en el mundo sólo habría el bien. Tenemos que avergonzarnos de los males que en el presente y aún ahora provocamos los hombres. Si leemos, El Secreto de la Filosofía de Eugenio D'Ors, veremos que es gracias a la libertad que la voluntad trasciende al exterior, pues el hombre puede optar por cualquiera opción diferente. Y este PODER optar es una CUALIDAD esencial del hombre, la más próxima a la esencia especificadora de su persona. Su conciencia, la Ley natural, la racionalidad, la lógica, todo ello se proyecta humanamente al exterior gracias al libre albedrío del individuo que puede optar por una u otra cosa. Gracias a esta cualidad: «la libertad» el hombre vierte su personalidad al exterior. La libertad tiñe, informa, causa, no sólo la nuda decisión interna (amar, odiar, proponerse o no proponer algo, desear, no desear) sino también «*ad extra*». Y esta proyección «*ad extra*» incide en el mundo temporal y quienes creemos sabemos que es trascendente «*ad aeternitatem*».

II. LA LIBERTAD Y EL ORDEN

Sorprende que si el hombre es libre, de tal modo que cada uno de ellos pueda hacer una cosa u otra, en medio de esta «libertad» no surja el caos, puesto que, cada individuo puede decidir cosas contradictorias con lo que decida el otro.

Y es verdad, que así sería teóricamente, sin embargo en la realidad lo que ocurre es: 1º. Que el hombre es libre. 2º Que no hay caos sino todo lo contrario. ¿Qué pasa?

Pues que una mayoría debe ser sensata. ¿Y por qué?, porque hay un «derecho natural» preimpreso, y ello de tal modo que aún sin aceptar las exage-

raciones del Fichte y Hegel como si todo dependiera de nuestra visión, sí que existe (Aristóteles y Sto. Tomás) una predisposición innata en nuestra mente, a respetar y comprender la realidad exterior, y en ella el ORDEN como apetencia de toda sociedad que sea tal, y como reflejo de la Ley Eterna.

La conclusión es obvia. La libertad es compatible con el orden social, sólo gracias a que este orden está de algún modo predispuesto y preimpreso, -se le llame como se le llame-.

Y ocurre que si el hombre respeta este orden, se siente como correcto. No, si no lo respeta. Por tanto, este orden existe.

III. LA GRACIA DE LA LIBERTAD (VISIÓN TEOLÓGICA)

Los astros ruedan de una manera acorde con las leyes físicas, cósmicas. El orden está preestablecido. La manzana de Newton, desciende por la fuerza de la gravedad. La operancia de la ley es inevitable.

El hombre, «siente» el orden o las leyes que lo protegen pero PUEDE respetarlo o conculcarlo, porque es libre.

Y esta libertad acarrea, bien responsabilidad si se conculca, bien el goce de la tranquilidad de conciencia y la coordinación ordinal si se cumple. Y este «merecer» es una concesión divina ordenada a que el hombre sea participe en el plan de Dios.

IV. LA PROYECCIÓN «AD EXTRA» DE LA LIBERTAD

En la más recóndita intimidad del espíritu humano, es la libertad como cualidad esencial del hombre, la que posibilita la toma, la decisión de hacer o no hacer, pensar, deliberar o no, etc... La libertad es algo íntimo, «*sine qua non*» de la decisión. Y si la libertad posibilita y así provoca la decisión es el resorte misterioso y poderoso que proyecta el «querer» del hombre hacia el exterior. Le da trascendencia en el mundo, y a la postre consecuencialmente en la eternidad.

V. EL SUJETO DE LA LIBERTAD: DECISIÓN

No es pues la libertad un conjunto de derechos, ni un derecho, sino aquella «cualidad» que hace que el hombre pueda decidir (). Yo diría que, reside en

el alma. Y Eugenio D'Ors, ve en la libertad el arcano mismo de la personalidad: allí anida. Nuestras manos, nuestro cuerpo, pueden ser objetos de una decisión tomada gracias a la libertad. Pero, la libertad no puede ser objeto de decisión alguna. Su sujeto si acaso es el hombre como causa eficiente de la decisión.

VI. DERECHO Y LIBERTAD

El autor de la Crítica de la razón pura, y de la Crítica de la razón práctica (y que conste que no estoy, ni siquiera sentimentalmente adscrito a su concepción racionalista general, sin perjuicio de mi admiración), pontifica, bajo un punto de vista rigurosamente fenomenológico la relación entre LIBERTAD y DERECHO. Es una visión fenomenológica-realista de enorme utilidad, reveladora y significativa. Dice, (traduciendo algo libremente), que «el Derecho es aquella limitación de la libertad, en la medida necesaria, para que la libertad de uno pueda coexistir con la libertad de los demás ()».

Cuando el filósofo alude a que todo ello opera «según la ley universal de la libertad», en el fondo afirma (universal) que todos tienen derecho a la libertad, pero como es de todos para que todos la tengan, hay que compatibilizarla y para ello hay que limitarla.

Por encima de la parvedad de la definición, aunque sugestiva, si profundizamos en su significado práctico veremos:

- a) Que la libertad es algo pleno, siempre unido al hombre como cualidad «*sine qua non*» de él mismo. Es una cualidad NECESARIA. Pero como el hombre concurre en sociedad («*Ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi Ius*») y la cualidad de «libre» es universal, la libertad se predica como tal cualidad de cualquier ser humano.
- b) Pero, para defender tal universalidad, es necesario que la libertad esté sujeta a ciertas limitaciones. Y la limitabilidad de la libertad es de ESENCIA. La limitabilidad es inseparable del concepto mismo de la libertad.

Un ejemplo vale. Yo soy libre de pasearme por la Avenida de Pedralbes. Pero este derecho a acceder a mi propio deseo de pasearme, es posible porque los otros, no pueden impedírmelo, el Derecho se lo impide. Les limita, así, su libertad. Si los aquí oyentes, pudieran convertirme en un centro geométrico de un círculo formado por ellos, yo no podría pasearme.

- c) El Derecho limita la libertad mediante la nota propia del Derecho, que es la coercibilidad. Si la coercibilidad es un elemento esencial de Derecho o

no lo es, se ha discutido, pero lo que sí es verdad es que la «coercibilidad» o posibilidad de aplicación de los consiguientes resortes coactivos, es indispensable para diferenciar el derecho de lo ético. El Derecho genera mediante «el derecho subjetivo» una relación bilateral, y el acreedor pueda impenetrar la aplicación de los resortes, que cercene la libertad del deudor inculplidor para conseguir la realización de lo que justamente le corresponde. La coacción resuelve, pero la coercibilidad o posibilidad de coacción, incita al obligado a cumplir, porque sabe lo que puede acaecer. La coercibilidad es potencia, la coacción es acto.

VII. EL ÁMBITO DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD

Es amplísimo. No incide en la facultad de efectuar actos «*ad extra*» solamente. La libertad comporta que el ser humano pueda aceptar un juicio interno, o no aceptarlo, acoger un deber o rechazarlo, decidir deliberar sobre una cuestión, o no deliberar. Pero también puede efectuar actos externos, y decidir positivamente y negativamente, hacer gimnasia o no, pasear, efectuar actos jurídicos en su más importante variedad, (actos, negocios jurídicos, actos semejantes a negocios jurídicos) y delimitar su contenido, testamento, contratos, etc., etc..

Claro que el hombre es libre de decidir y hacer lo que quiera, pero es en las limitaciones y su concurrencia donde, bajo un punto de vista práctico, vamos a clarificar las ideas.

VIII. LA LIBERTAD Y LAS DIVERSAS LIMITACIONES CONCURRENTES

1. DECISIÓN Y PODER

La libertad es naturalmente plena. El hombre siempre puede decidir. Otra cosa, es que la decisión fracase. Yo puedo decidir ser Notario y fracasar. El fracaso no es una limitación de mi libertad, es una frustración de mi decisión ya antes adoptada. Nada más, pese a su trascendencia la frustración es expresión de la falta de poder para que la acción que he decidido emprender, o el camino como conjunto de actos, sean impotentes para conseguir el resultado apetecido: «*non possumus*».

La libertad es antecedente de la decisión. La frustración es expresión de falta de poder, acaeciendo todo ello, post-decisión, después.

2. LAS DIVERSAS LIMITACIONES DE LA LIBERTAD

2.1. La libertad –insisto– es una cualidad esencial del hombre, congruente con su propia naturaleza, de carácter universal y además notoriamente especificativa, de la que deriva la dignidad humana.

Pero como hemos dicho, esta libertad, en su ejercicio está esencialmente limitada. Y esta limitabilidad es tan esencial como la propia libertad. Toda limitación se mueve en el espacio sólo del deber ser, pero no puede –tal limitación– sobreponerse a la facultad del hombre de conculcarla.

2.2. Las diversas clases de conculcación, y sus consecuencias nos servirán en la práctica para comprender y aclarar de una vez, el juego de la libertad.

2.3. Marchando de la limitación más débil (), a la más fuerte, podemos consignar las siguientes especificando las diversas normas que vertebran la vida social:

- El hombre es libre y puede adoptar la decisión que él «quiera». Una cierta limitación la representan los «usos sociales», lo que antes se llamaba «urbanidad», buena educación, finura. Uno es libre de vestir estrafalariamente o no ceder el paso a otra persona de rango social preferente o no contestar el saludo. Las consecuencias del quebrantamiento de esta norma social, efectuado por el hombre «libre» son leves. Una simple reprobación, una sonrisa despectiva, una tendencia a ningunearle. Nada más.
- No vamos a entretenernos aquí en la naturaleza de la ética o moral. Todo el mundo admite la existencia de una norma moral, que obliga (moralmente) a una conducta determinada. Espontáneamente se siente así. Nadie puede negarlo.

Este deber, es unilateral. Opera por la exigencia de la propia conciencia de uno mismo. La consecuencia del quebrantamiento de tal norma moral, es una autoreprobación que dicta la propia conciencia, y que se conoce con la denominación de «remordimiento». El hombre, como consecuencia de su innegable sentir espiritual, cuando quebranta la ética, siente remordimiento. Y esta es la consecuencia que se sigue del quebrantamiento moral.

- Se puede incurrir –en el ejercicio de la libertad– en una infracción de un deber religioso. Ello, la mayor parte de veces coincide con la infracción

de la ética, de un deber moral, y entonces, su quebrantamiento comporta a su vez, además del consiguiente reproche de la propia conciencia, la génesis de un arrepentimiento, y determinadas consecuencias tras el acceso a la eternidad. La sanción no suele ser siempre ajena totalmente a este mundo, pues a veces, trae además ciertas consecuencias en cadena, porque del mal jamás deviene bien.

- La norma jurídica, claro que constituye una limitación de la libertad, pero, en la práctica, se distingue enormemente de aquellas otras limitaciones en razón de dos notas singulares:
- La bilateralidad, frente a la unilateralidad. La consecuencia derivada de los quebrantamientos de las anteriores infracciones –usos, éticas, religiosas–, se opera unilateralmente en el hombre infractor, porque el objeto de la infracción es un simple deber que el hombre «*per se*» siente. En cambio, en el ámbito de la infracción jurídica, siempre aparece la bilateralidad: de un lado, el titular del derecho subjetivo que puede exigir su respeto y cumplimiento y del otro, el obligado –deudor– a favor de aquel sujeto titular del derecho subjetivo. Y ordinariamente quién tiene el derecho a exigir no adopta una posición pasiva, sino que activa los resortes jurídicos para obtener satisfacción a su derecho. Este titular en fin, es actuante.

El derecho está dotado de coercibilidad, lo que significa que bien a instancia de la parte perjudicada, bien a instancia de la sociedad representada por el Ministerio Fiscal el derecho mediante el resorte idóneo, sobreponiéndose a la voluntad del obligado, va a provocar las consecuencias preestablecidas.

A esta imposición se le llama «coacción», pero además la convicción de su fatal acaecimiento, induce a un cumplimiento espontáneo de la norma; cumplimiento espontáneo el mencionado, que es indispensable, pues no habrían suficientes policías y jueces para forzar a toda la humanidad al correspondiente cumplimiento de sus deberes jurídicos.

- Difícilmente el quebrantamiento de una norma jurídica, es sólo el quebrantamiento de una norma jurídica y difícilmente también, sólo se producen las consecuencias jurídicas derivadas de tal incumplimiento; al contrario ordinariamente (salvo inconcebibles excepciones) una norma jurídica tiene un apoyo en las normas éticas y religiosas, y por supuesto en la conciencia social. En tales casos, las consecuencias son acumulativas, y si la sociedad subsiste, es gracias a que mayoritariamente las normas se cumplen, haciendo posible el orden, derivado de la naturaleza de las cosas, impuesto por Dios.

Pero insistimos –y especificaremos aún más en el número siguiente– la libertad, cualidad esencial del hombre que incide causalmente en todas sus decisiones, comporta el que éste pueda prescindir de dichas limitaciones y quebrantarlas. El hombre, en fin, puede elegir, incluso el mal: «*Video meliora sed periora sequor*»; y esto último acarrea todas las consecuencias contempladas. En resumen que se puede adoptar el mal, pero ello no es bueno, y acarrea gravísimas consecuencias.

IX. ¿ES JURÍDICAMENTE LÓGICO QUE EL HOMBRE PUEDA PRESCINDIR DE LAS LIMITACIONES DE SU LIBERTAD?

Quizá de un modo general debería organizarse la potencia de las limitaciones de tal modo que el hombre aunque quisiera no pudiera prescindir de ellas en absoluto. Esta opción que comporta incumplir y atenerse a las consecuencias, quizá debería regularse de tal modo que la disuasión que producen las «consecuencias» fuera tan fuerte que prácticamente el hombre no tuviera tal opción.

Pero de verdad, esto último no es posible. Si la disuasión se consiguiera dañando al infractor más allá de los debidos límites, éste sufriría un daño injusto (). Por otra parte, la misma toma de decisión desviada, mala, es inevitable. El propósito y el proyecto de hacer mal, ya es un mal que resulta inevitable. Y cuando el propósito se torna inicio de la ejecución real, no siempre los guardadores del orden pueden llegar a tiempo de interrumpirla, a tiempo de evitar su consumación. Claro que esto es malo; pero es que es así.

Por eso repito la pregunta, aún siendo profundamente deseable que la decisión perversa fuera abortada: ¿acaso es cierto que el Derecho con sus actuales resortes no puede evitar plenamente la toma y desarrollo de tales decisiones perversas? Que nadie se escandalice, pero la respuesta es ésta: «SÍ». Es más, esta impotencia, no sólo es posible, sino que «es», existe, «de facto» (). Y es que, en la naturaleza misma del hombre está inserta la cualidad esencial de ser absolutamente libre. Y precisamente porque es libre, y en cuanto que es libre, es responsable y como tal llamado a sufrir responsablemente las consecuencias de su decisión. Y por esto, ha de ser él quien decida, bien efectuar lo debido (con su coste) o no, realizarlo con su otro coste, ordinariamente más superior y gravoso. Pero él decide. Él puede elegir las correlativamente buenas o malas consecuencias.

Es la libertad la que agudiza el carácter (del hombre) de sujeto de la historia. Para bien o para mal (), el hombre es el autor de sus decisiones que en globo y cumulativamente deciden o contribuyen a decidir graves acontecimientos buenos o malos de la historia. Si sólo pudiera elegir el bien, caería en un determinismo, en el que las causas jugarían entre sí determinando los acontecimientos. No sería él, el sujeto de la historia, sin perjuicio siempre de la superior y sacra intervención providenciada.

Pues bien, muy sutilmente –y de verdad– no sin cierta timidez, el Derecho, por respeto a la libertad del hombre, estimula (con la coercibilidad: embargo y realización del valor de los bienes, ejecuciones de sentencia, intereses de demora, costas, privación de libertad, cárcel, inhabilitación, pérdida de situaciones jurídicas, etc., etc.) al cumplimiento de su deber, lo fuerza, pero apura al máximo la posibilidad de que el sujeto de la correcta decisión, sea el hombre obligado. De algún modo, preserva la virtualidad de poder optar por el bien o el mal, aunque proscriba a este último.

Queremos consignar en esta línea, la existencia –en la tradición romana y en el vigente Derecho español– de la conocida teoría del título y el modo (art. 609 y 1.095 del CC). El hecho de convenir, mediante un contrato, la transmisión de un bien propiedad de uno en favor de otro, no basta para transmitir la propiedad. Ejemplo, cuando se perfecciona un contrato de compra-venta el comprador, aun habiendo pagado no adquiere ipso-facto la propiedad, sino el derecho a exigir que el vendedor se la entregue y hasta que éste no se la entrega («*traditio*», entrega o modo de adquirir) no es propietario, sino que sólo dotado del derecho a exigir que la entregue el vendedor.

Y si el vendedor no quiere entregársela, el comprador adquiere la propiedad, gracias a una sentencia del Juez afecta el acto. Y es que un individuo no puede violentar la libertad del otro, pues la coercibilidad jurídica, está en manos (ordinariamente) de los Tribunales.

Esta tradición que consagra nuestro Código Civil (pese a ser afrancesado, en este punto difiere del sistema francés según el cual la mera compra-venta ya transmite la propiedad) está arraigada en el pueblo. El teatro que es espejo de la vida, muestra en la célebre obra de Lope de Vega, denominada Fuenteovejuna, como perfecto un matrimonio ante la lamentable acción de la autoridad, el comendador, que abusa de la recién casada, esta hija, así mancillada, acusa a su padre de no haberla defendido, y excusa a su marido afirmando que no habiendo transcurrido la noche de bodas y no siendo aún «*suya*» (de su marido) era el padre quien, titular aún de su custodia, debía protegerla y vengarla.

El vigente Código Penal acoge el deber general de respetar la libertad mediante un precepto mucho más genérico, matizado, pero suficientemente claro al respecto: el capítulo IV, del título XX, del libro II del Código Penal tiene un título que ya lo dice todo: «De la realización arbitraria del propio derecho», y su único artículo el 455 dice «el que, para realizar un derecho propio (notemos: para ejercitar un derecho que le ampara por ser propio), actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas será castigado con la pena de multa de seis a doce meses».

[Si Juan me debe 1.000€ y el plazo ya ha vencido, y estos mil euros emergen de su bolsillo, yo que tengo derecho a cobrar, derecho a que se me devuelvan, no puedo tomármelos por mí mismo (fuerza en las cosas) de su bolsillo].

Tengo que exigirselos y el deudor DEBE devolvérmelos, pero si no quiere devolvérmelos, sufrirá el embargo, el apremio de pago del principal y de intereses (art. 1.108 CC) y las costas; pero yo acreedor, si contra su voluntad, me las tomo metiendo mano en su bolsillo, seré penalmente castigado. No hay duda, que aunque no se diga, el bien jurídico protegido con este precepto penal, es la libertad del hombre-deudor.

Todo esto no quiere decir, que la libertad comporte un poder absoluto. No, el hombre es libre, naturalmente libre, el hombre está configurado libre, pero su libertad como quiera que él no está solo, sino que concurre con los otros hombres en la sociedad, está sujeto a las distintas limitaciones, que en la práctica (por la gravedad de las consecuencias que se siguen de no respetarlas) han de aceptarse y acatarse. Estas limitaciones, modulan efectivamente, la natural cualidad que es la libertad.

Cuando aparecen (en la Constitución, en las leyes, en sentencias del Tribunal Constitucional, o del Tribunal Europeo de los derechos humanos, o del Tribunal Supremo) calificativos de la libertad, como «libertades» (*vide* cuando se mencionan «derechos y libertades») o libertad de expresión, de pensamiento o expresiones semejantes, no es que se proclamen, diversas clases o tipos de libertades. La libertad es una cualidad esencial del hombre, inseparable de él, y que se proyecta en todas sus decisiones; pero el legislador, cuando la conculcación de la libertad se opera afectando a derechos determinados con mayor frecuencia y sobre todo si el grupo de derechos en los que incide la conculcación, es violado por el poder del Estado, se cree preciso destacar tal fundamental gravedad y por ello se efectúan estas denominaciones singularizadas. Pero a nuestro juicio la libertad de cada individuo es una cualidad general de común incidencia en todas las decisiones del individuo.

Más cuando la conculcación del bien es tan grave, que lesiona los derechos fundamentales y viola los previos y primeros principios el Derecho habrá de aplicar la máxima coacción lícita, proclamar, sin tibiezas, que no existe derecho subjetivo alguno a tales violaciones reprimiéndolas con eficacia. Como dijera San Isidro: «*Lex erit honesta*».

X. LAS PROTECCIONES INDIRECTAS DE LA LIBERTAD

1. En torno a la decisión. La libertad del hombre trasciende al exterior, podríamos decir que se «encarna» en cada decisión, que como autor toma. Y cada decisión (manifestación de la libertad) humana, se toma libremente mediante la conjunción de conciencia («*cumscientia*») conocimiento de la realidad relacionada con la decisión y voluntad (querer «libremente» la solución).

Proteger la decisión es proteger la libertad y así, el derecho proscribire, el error, el dolo (como maquinación insidiosa), la ignorancia invencible o insinurable, como déficit de la conciencia, y proscribire también como exigencia de que la voluntad no esté viciada... la violencia, la intimidación, el miedo provocado o aún interno (llamado impropriadamente falta de libertad interna) o reverencial, la demencia, el trastorno mental aún transitorio, etc... Al regular los actos y negocios jurídicos, sean unilaterales (testamento, renuncia abdicativa, etc.) o bilaterales o plurilaterales (contratos en general) exige para la plena eficacia del acto que la realidad se conozca suficientemente y la voluntad que es causa de la decisión no está perturbada, exista limpiamente. Así se protege indirectamente la libertad.

2. La libertad (cualidad del hombre) en fin, trasciende tanto en la toma de decisión, como en la ejecución o desistimiento de la ejecución. La decisión está tutelada en función de la libertad. Los vicios de consentimiento, y de la voluntad, la nulidad de los negocios jurídicos, exigen al jurista una penetración en la intimidad del agente, para verificar si su libertad ha sido respetada tanto en la conciencia (o conocimiento antecedente) –error, dolo– como en la misma («*ipsa*») toma de decisión, –intimidación, violencia, miedo, etc–. Piénsese en toda la normativa reguladora de la nulidad del contrato, o del testamento. La decisión y consecuente ejecución de aquella, no valen, no surten efectos si aquella no es libre, es decir adoptada con conocimiento veraz, y voluntad no injustamente presionada.

ENRIC R. BARTLETT (Coord.)
M.^a DOLORES BARDAJÍ (Coord.)



Libertad, Igualdad, Solidaridad: tres principios, una Democracia; la liberal

 **faes**
fundación para el análisis y los estudios sociales

ESADE
Facultad de Derecho
Universidad Ramon Llull


BOSCH EDITOR

LIBERTAD, IGUALDAD, SOLIDARIDAD: TRES PRINCIPIOS, UNA DEMOCRACIA; LA LIBERAL

Seminario Permanente de
Derechos Humanos *Antonio Marzal*

Sesiones XVI, XVII y XVIII

Enric R. Bartlett | M.^a Dolores Bardají | Coords.

Miguel Ángel Quintanilla Navarro

José J. Pintó Ruiz

Miguel Ángel Gozalo Sáinz

Joaquín Borrell Mestre

Fernando Fernández Méndez de Andrés

Pedro Miroso Martínez

Rosa María Rodríguez Magda

María Dolors Oller Sala

Ricardo García Manrique

Mauricio Rojas Mullor

Heribert Padrol

Gabriel Elorriaga Pisarik

Pedro Aguilera Cortés

Paloma Durán y Lalaguna

Sergio Llebaría Samper

Benigno Pendás

Agustín Luna Serrano

Francisco Fernández Segado

Josep F. Mària

Ana Iribar

Tulio Rosembuj

Miguel Marín

Jordi Sellarés

Salome Adroher Biosca

2017

© ENERO 2017 MIGUEL ÁNGEL QUINTANILLA NAVARRO
JOSÉ J. PINTÓ RUIZ
MIGUEL ÁNGEL GOZALO SÁINZ
JOAQUÍN BORRELL MESTRE
FERNANDO FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDRÉS
PEDRO MIROSA MARTÍNEZ
ROSA MARÍA RODRÍGUEZ MAGDA
MARÍA DOLORS OLLER SALA
RICARDO GARCÍA MANRIQUE
MAURICIO ROJAS MULLOR
HERIBERT PADROL
GABRIEL ELORRIAGA PISARIK
PEDRO AGUILERA CORTÉS
PALOMA DURÁN Y LALAGUNA
SERGIO LLEBARÍA SAMPER
BENIGNO PENDÁS
AGUSTÍN LUNA SERRANO
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
JOSEF F. MÀRIA
ANA IRIBAR
TULIO ROSEMBUJ
MIGUEL MARÍN
JORDI SELLARÉS
SALOME ADROHER BIOSCA

© ENERO 2017

 **BOSCH**
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-946436-7-5

ISBN digital: 978-84-946436-8-2

D.L.: B2313-2017

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España