

cia, por los bienes de su exclusiva propiedad, y por la industria explotada en él en primer término, á causa de las utilidades que reporta así como tambien porque participan de las cargas para el sostenimiento comun (1).

(1) Véase Gneist, *Verwaltung Justiz*, p. 126 y sig., y la discusion de ambas Cámaras badenesas sobre la ordenanza de las ciudades 1874.

LIBRO NOVENO.

DERECHOS DE LIBERTAD.

CAPITULO PRIMERO.

LA LIBERTAD BAJO EL CONCEPTO JURÍDICO.

No es asunto del derecho público indagar ó investigar el concepto de libertad, pues sólo pertenece la libertad á su campo en cuanto que ésta es reconocida y respetada por las ordenaciones jurídicas y por consiguiente reclama una extensa proteccion jurídica.

1) Distinguímos, pues la libertad como institucion jurídica, tanto de la libertad natural, como de la moral y de la espiritual. La primera es mucho más limitada que las últimas. La libertad jurídica debe ser natural y moral; pero no toda libertad natural y moral es á la vez libertad jurídica, no la del animal (1) cuya libertad salvaje está sola-

(1) Winthrop en *Tocqueville, Amérique*, 1, 70: «No nos engañamos acerca del valor de nuestra independencia. Se da, en verdad, una especie de libertad corrompida, cuyo uso es comun al hombre y al animal, y la cual consiste en que cada uno haga lo que le plazca. Esta libertad es enemiga de toda autoridad; con resistencia únicamente tolera todas las reglas—es enemiga de la libertad y de la paz, y el mismo Dios se ha declarado contra ella. Pero hay una libertad civil y moral que tiene su fuerza en la unidad, y para defensa de ésta está el poder superior; y consiste en hacer sin temor lo que es justo y bueno. Esta santa libertad debemos defenderla en todas las circunstancias y cuando sea necesario dar por ella nuestra vida.

mente determinada y limitada por su naturaleza, sino solamente la humana que es la que tiene importancia moral y por tanto jurídica. Por el contrario, no puede ser comprendida y limitada por el derecho toda extensión de la libertad moral y espiritual del hombre; antes bien, el más íntimo germen espiritual de esta libertad, la libertad del invisible é inmortal espíritu individual, la cual es como un detello de la libertad divina, está exenta del poder del Estado y del derecho humano. La libertad sólo puede constituir un derecho cuando adquiere en cierto modo cuerpo y forma en la vida externa visible, ó cuando en el órden externo se presentan obstáculos que impiden ó contrarian el desarrollo de la libertad, en sí invisible, del espíritu y del animo. Sólo entónces es dado al espíritu humano la posibilidad, ya de proteger aquella externa manifestacion de la libertad, ya de remover los obstáculos de su desarrollo.

La libertad natural es la facultad de hacer lo que uno quiere, y la libertad moral la manifestacion de la voluntad y del poder de hacer lo que es digno de la naturaleza y conforme con la divina ordenacion del mundo. La libertad, en el concepto jurídico, presupone el órden jurídico de que es parte; es el poder que está asegurado y protegido por el derecho de ejercer la propia voluntad (1). La libertad, política, finalmente, es la propia determinacion y actividad, ya del pueblo, ya de los órganos públicos del mismo, como tambien de cada uno de los ciudadanos en la vida comun y pública.

Toda libertad presupone como condicion indispensable un sér animado que en ella se manifieste. La libertad jurídica tiene su base en el sér jurídico. No existe por sí separada de los hombres, como tampoco existe por sí el derecho. Una y otro son dos partes de la existencia personal y de la vida del hombre. Se da el ideal de la libertad como tambien el ideal del derecho del Estado. Pero el derecho real de libertad puede concebirse únicamente en el Estado real, en conexion con su constitucion y órden jurídico. La libertad, como concepto puramente político, puede muy bien preceder al régimen jurídico establecido, y el perfeccionamiento del mismo sér considerado como término de su accion. Pero el

(1) La conocida definicion de la filosofía estóica de Florentinos L.

concepto jurídico de la libertad no puede ser separado del régimen jurídico que es su fundamento y su defensa. Cuanto más perfecta es, por consiguiente, la procesion jurídica que asegura el Estado al hombre, tanto más plena y rica será la libertad jurídica de este Estado; cuanto más defectuosa é insegura sea la defensa política, tanto más desenfrenada y opresora será la libertad. Cuando Lord John Russel (1) objectó contra aquella definicion: «Cuando la libertad consiste en que se pueda hacer lo que la ley concede, entónces el gobierno libre es un despotismo legalmente establecido» confundió la idea de derecho público de la libertad, ya con la del ideal ya con la del político.

La libertad entendida como derecho no es su más alta expresion, está más coartada y limitada que la libertad moral y política. Pero en cuanto está ligada al régimen jurídico como base, queda asegurada de las formas del derecho, y defendida por los medios de proteccion jurídica contra todo atentado.

2. El desarrollo del concepto jurídico de libertad tiene en los diferentes pueblos y distintos periodos carácter diverso.

a) Los Romanos consideraron la libertad como cuestion de estatuto personal. La libertad valía para ellos como un derecho innato del pueblo en los hijos de los libres—las palabras *liberi* y *libertas* tienen doble sentido, significan niñez y libertad, la expresion *ingenui* se refiere tambien al nacimiento—y solamente en casos raros proporcionados por medio de la emancipacion del derecho popular adquirido. Conocieron primitivamente sólo dos clases de hombres, los libres y los esclavos. Más tarde admitieron el grado intermedio de los *coloni* (*glebæ adscripti*). Del mismo modo hacían diferencia política entre *libera civitas*

4. pr. de *Statu hominum*: «*Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur.*» es sólo en esto defectuosa porque la *vis* como el *jus*, están indicados como limite de la libertad, mientras que aquella daña la libertad como derecho, éste la limita naturalmente. Derechos fundamentales franceses del 1791, § 4: «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. *Constit.* de 1793, art. 6: Elle a pour principe la nature, pour règle la justice, pour sauvegarde la loi: sa limite morale est dans cette maxime: Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait.»

(1) *Historia de la Constitucion inglesa*, § 11.

igual á *res pública*; y *regnum*, igual á *dominium regis*.

Más tarde trató la jurisprudencia romana de elevarse á un concepto filosófico de la libertad tomado de la escuela filosófica griega de los estoicos, y consideró á la libertad como libre albedrío autorizado. No cambiaron, sin embargo, los Romanos la continuación real de la esclavitud y subordinaron á los libres incondicionalmente á la voluntad del Estado no teniendo aún concepto alguno de la libertad personal de pensamiento.

b) La idea que los Germanos tuvieron del derecho en la época antigua y en la Edad Media, se diferencia esencialmente del concepto del antiguo derecho romano. La antítesis entre los siervos, ya no es tan marcada como la absoluta antítesis entre los *liberi* y *servi* romanos. Se reconoce también en los siervos una personalidad y una base para el mejoramiento de su derecho, y gradualmente se aproximan en principio las clases particulares de los sumisos, como más tarde todas las clases á la libertad. Pero también hay graduación en el intermedio de la clase de los libres, y se distinguen, entre libre-comun, libre-medio y libre-alto. El concepto de la libertad de los Germanos alcanza de esta manera una organización estable y, en consecuencia, vuelve á estribar la libertad en el nacimiento, que es implantado y heredado como derecho de sangre y esencialmente un concepto de raza. Además, el concepto de la libertad de los Germanos es más independiente y más elevado que el de los Romanos, pues de ninguna manera se une tan en absoluto á la voluntad del Estado, y defiende su individualidad de clases contra cada uno; se funda en el derecho de la sangre, de la naturaleza, de la personalidad. Pero tampoco el derecho germánico de la Edad Media tiene cuidado alguno de la más alta libertad del espíritu.

c) El concepto moderno de la libertad es el resultado de la actividad común de los nuevos pueblos cultos y de los espíritus científicos más ilustrados.

Los baluartes jurídicos de la libertad personal se deben principalmente á los Ingleses y Norte-Americanos, los cuales han arrancado varios derechos de libertad, luchando con poderes antagonistas y los han consolidado constitucionalmente (1).

(1) Véase principalmente Fr. Lieber, traducción de Fr. Mittermaier, Heidelberg, 1860.

A los trabajos de la filosofía debemos principalmente la universalidad del concepto de la libertad y el haber penetrado lo repulsivo de toda esclavitud. Unida con el concepto de la igualdad han expuesto los Franceses á la comprensión de todo el mundo la moderna libertad y quitado innumerables obstáculos á la misma.

El mérito y honor de los Alemanes consiste en ser los más decididos defensores de la libertad personal de pensar y en haber hecho los más grandes sacrificios para su consolidación.

La moderna libertad no es ya un concepto político limitado, ni un concepto permanente de raza, sino un derecho general del hombre. Su raíz está en la naturaleza humana no menos ciertamente en la propiedad individual que en la comunidad nacional, y se conserva en la vida intelectual de los individuos lo mismo que en la vida pública del pueblo y en la vida económica de la sociedad (1), permaneciendo también en conexión y armonía con los deberes que impone á los pueblos y á los individuos el orden del mundo moral.

3. En toda libertad se distinguen dos partes. En el concepto negativo la libertad excluye toda dependencia infundada y excesiva de extraña voluntad; en el concepto positivo significa independencia de las personas.

Puesto que el hombre, como ser jurídico, está necesariamente limitado, así también lo está su libertad como derecho. Nada más extraño que imaginar una independencia absoluta, una completa separación de cada uno de los hombres y á esta imaginación llamarla libertad humana. Este concepto negativo de la libertad considera toda institución jurídica como una violación, porque la desea sin límites, mientras que el derecho puede solamente existir en los límites de la forma. Sus consecuencias serían por esto destrucción del Estado y de la común ordenación jurídica, y en esta ruina general no podría ya existir ni el último derecho absoluto de libertad. Indudablemente el error radical de la libertad absoluta raras veces consiste en tan absoluta negación, de tal modo que rehuse el contenido y forma de la libertad jurídicamente ordenada, sino en una forma velada y falaz que engaña con frecuencia á la multitud.

(1) Véase el tratado, *Politica*, en la tercera parte.

Si aquella dependencia fuese negacion de la libertad, entonces el niño que depende de los padres, todo operario que está al servicio de quien le da trabajo, todo deudor con relacion al acreedor, las partes con respecto al juez, los súbditos con relacion al gobierno y todas las autoridades, que nada significan sino hallan obediencia, todos en fin, serian esclavos. No la dependencia como tal sino únicamente la falsa, la irrazonable y excesiva dependencia es negacion de la libertad. En el Estado libre la relacion de los súbditos con el gobierno no debe imitar la del señor con los esclavos, ni la del padre con los hijos; sino que la subordinacion de los súbditos debe ser limitada y determinada por la ley, por cuya emancipacion cooperan tambien los súbditos.

4. Como toda ordenacion jurídica está determinada en general, ó por hombres en particular, ó por la comunidad; de aquí que la libertad jurídica se manifieste en dos formas principales: ó esta es libertad de los individuos ó libertad de la nacion y del pueblo. La libertad individual es en el fondo un derecho privado; la libertad popular, cuya esencia descansa en la participacion en el Estado, tiene principalmente un carácter público y jurídico. En las repúblicas antiguas se sacrificó la primera á la última, dando casi todo su valor á la libertad popular. Los Alemanes sobre todo son los que han sabido apreciar los derechos de libertad, los que se respetan principalmente en la moderna cultura jurídica.

Siempre es defecto el tomar una libertad descuidando la otra. Entre los Griegos se observó en parte esta libertad popular que se conceptuó como dominio absoluto del pueblo. En la constitucion espartana la esclavitud de la vida individual por amor al Estado fué tan exagerada, que no comprendemos varias instituciones de la misma, sino como imágenes de extravagante fantasia, y no como realidad positiva; sin embargo, en la democrática Atenas la libertad individual fué muy poco observada y sí muchas veces violada por las leyes y por la vida pública.

Nosotros los modernos incurrimos á veces en errores opuestos; con frecuencia miramos á la ligera el derecho y seguimos con excesivo ardor el concepto de la libertad individual como si cada individuo fuese un sér perfecto, el centro natural del mundo, un dios, de cuya voluntad dependiera todo. El Estado entonces se halla muy expuesto,

y la ordenacion del todo amenazada de interna disolucion por causa de la libre voluntad de los individuos.

La verdad exige el reconocimiento de ambas clases de libertad. Las dos radican en la naturaleza humana: la libertad popular en la raza humana y la libertad de los individuos en la vida individual del espíritu. Pero la primera es completamente y en todo un concepto jurídico y viene á realizarse únicamente en la comunidad; esto es, en el Estado; la última tiene su fundamento fuera del Estado, en un campo de vista sobre el cual éste no está llamado ni tiene poder para dominar.

5. La relacion de las diferentes formas políticas con la libertad es, por tanto, muy distinta, segun que se trata de la libertad del pueblo ó de la libertad del individuo.

La ideocracia tiene la tendencia de oprimir á la libertad popular con la autoridad absoluta; la democracia, por el contrario, eleva la misma al favor de la mayoría, al dominio del pueblo. La libertad individual, sin embargo, es favorecida y tolerada por la democracia en cuanto que la mayoría está de acuerdo con el ejercicio de la misma. Cuando nada de esto sucede, entonces se la ultraja en cualquiera ocasion. La democracia profesa grande amor á la libertad del pueblo, pero raras veces respeta la libertad individual. Quien sobre esto tenga dudas dirija una mirada á la posicion de los ricos de la democrática Atenas ó á la de los aristócratas del tiempo de la dominacion de los Jacobinos en Francia, ó recuerde por fin los principios comunistas.

La aristocracia en opuesto sentido, hace valer al individuo en cuanto manifiesta su vida privada; concede una gran dosis de libertad individual y la defiende, por cuanto la garantiza con valor inflexible de las hostilidades de la muchedumbre; pero vela cuidadosamente porque la libertad del pueblo no degenera en dominacion popular; y quiere la libertad sin límites para la minoría que domina; y señala á las grandes masas populares esfera á veces muy mezquina.

La monarquía absoluta tambien concede mucha libertad individual para la seguridad de las personas y de la propiedad, pero es enemiga de toda libertad popular.

La monarquía constitucional asegura asimismo ambas libertades, cuando permanece fiel á sus principios, pero sin permitir que la libertad popular degenera en dominacion del

pueblo y sin que la libertad individual entre en el camino de la anarquía.

6. Muy distinta es la relación del derecho público con estas dos clases de libertad. La popular corresponde á aquél directamente, como institución del Estado fecundada por el espíritu de la comunidad. La individual, por el contrario,—forma, pues trae su origen de la existencia y de la vida individual,—una parte de la esfera jurídica individual; es decir, del derecho privado, y sólo medianamente entra en el terreno del derecho público, en cuanto que está bajo la garantía del mismo, ó bien está restringida y limitada por las consideraciones de la comunidad del Estado. La libertad popular puede muy bien ser establecida libremente por la legislación, según las necesidades del Estado y las condiciones de civilización del pueblo; pero la libertad individual debe ser respetada y defendida de la misma manera que cualquier otro derecho del Estado; y para que esto suceda, debemos suponer perfección jurídica, á cuya misión corresponde.

CAPITULO II.

DERECHOS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL.

A. Defensa de la existencia.

1. Al reconocimiento y defensa de toda libertad debe preceder el reconocimiento y defensa de la existencia de cada uno (1). El derecho de ser es el primero para el hombre. Es innato é inseparable de él mientras que el alma vivificada reside en el cuerpo, y sólo cesa con la muerte. El Estado, pues, si bien ante todo es una ordenación jurídica de la comunidad, está, sin embargo, obligado á defender este primer derecho de los individuos que comprende en su poder, puesto que es uno de los principales deberes del todo el defender los derechos de cada uno de los individuos, cuando éstos necesitan tal protección.

La misma protección se extiende también á los fetos. Si bien la personalidad sólo se adquiere con el nacimiento, sin embargo, el germen fecundado de la persona existe anteriormente y tiene derecho con relación á su probable desarrollo de personalidad, al respeto de ésta y á la participación eventual de sus futuros derechos (2).

Es máxima del derecho natural que el Estado se halla obligado ya á defender la existencia de las personas de los injustos y extraños atentados, ya, en la extrema nece-

(1) Blackstone llama al mismo derecho de seguridad personal (*right of personal security*) Stahl, derecho de integridad.

(2) Así se explica la ficción del derecho romano: «Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse» (L. 26 de *statu hominum*) mientras los juristas romanos sabían muy bien que «partus nondum editus homo non recte fuisse dicatur.» (L. 9. § 1, *ad leg. Falcid.*) Véase Savigny, *Sistema del derecho romano*, II, p. 12 Blackstone, I, 1.