



Por un resurgimiento del constitucionalismo liberal frente al terrorismo

Ignacio F. Ibáñez Ferrándiz

Análisis nº 8658

11 de mayo de 2011

“La seguridad sólo puede estar segura bajo el imperio de la libertad” – Sir Karl Popper

Introducción

La respuesta a la pregunta de si el terrorismo es o no la principal amenaza que enfrentan hoy nuestras sociedades en materia de seguridad, es una respuesta polémica pero en realidad llena de tediosos lugares comunes. No seré yo el que ahonde en ellos, pues ya existe una peligrosa—por la siempre recurrente “banalización del mal”¹—hiperinflación de escritos al respecto. El análisis de los aspectos ideológicos, culturales e internacionales que circundan al terrorismo puede ser útil para desentrañar el modus operandi de estos criminales, pero en realidad carece de razón si par-

timos, para poder defendernos adecuadamente, de la premisa abstracta de cuál es el objetivo fundamental del terrorista. Esta meta última, y creo poder decir sin equivocarme que existe un consenso al respecto en la comunidad académica y profesional, es la desestabilización de nuestras sociedades con fines políticos. Es decir, se trata de una puja de poder en la que los fanáticos se constituyen en contraparte a través de la violencia. Una violencia que ataca el corazón, el Estado de Derecho, de nuestra naturaleza constitutiva, la libertad.

A pesar de lo básico y lógico que parece ese diagnóstico preliminar, es precisamente desde la perspectiva filosófico-jurídica desde la que rara vez se analiza la problemática terrorista hasta sus últimas conse-

cuencias. Ello es, a mi entender, un claro obstáculo a la hora de formular cualquier política práctica de prevención. Trataré de dar a continuación unos pasos en este poco transitado sendero.

La verdadera amenaza a la libertad, algunos apuntes históricos

Al afirmar que el análisis filosófico-jurídico necesario para afrontar con ciertas garantías la lucha contra el terrorismo es un terreno poco transitado, no estoy hablando de la carencia de estudios y teorías sobre la calificación jurídica del terrorista, la tipificación del delito de terrorismo o las conductas accesorias para su comisión—actos preparatorios y financiación, radicalización y adoctrinamiento, reclutamiento, etc.—, sobre los que sí existe una amplia bibliografía. Por el contrario, estoy refiriéndome a cómo este delito debería estudiarse a la luz de un análisis pormenorizado, histórico y transparente de los principios jurídicos que cimientan el Estado de Derecho, pues son estos el verdadero objetivo del terrorismo. De ellos depende la solidez de las sociedades libres. Los terroristas lo saben y buscan su destrucción. No sólo eso, conocen las debilidades existentes en nuestros sistemas jurídico-políticos y tratan de utilizarlas en su macabro provecho.

Por lo tanto, para poder desarrollar una política preventiva férrea frente al terrorismo, debemos diseccionar nuestros ordenamientos jurídicos en busca de sus puntos débiles. Sólo así protegeremos adecuadamente los elementos esenciales que conforman el Estado de Derecho y tendremos la

oportunidad de revigorizarlos. Estas debilidades, que son las que los delincuentes aprovechan y que son las que en última instancia ralentizan y perjudican nuestra capacidad de respuesta, se encuentran fundamentalmente en la innecesaria multiplicidad de normas legislativas² que se producen, consecuencia de la preeminencia del poder legislativo sobre el ejecutivo y el judicial³; en el partidismo político que rezuma de la mayoría de esas normas legislativas, fruto de la priorización de los intereses particulares sobre los generales⁴; en anteponer en todo caso la opinión de la mayoría sobre la de la minoría⁵; y en la enorme burocracia estatal consecuencia de todo lo anterior, generadora de la lentitud y torpeza en las respuestas a los modernos retos de la seguridad, así como de los principales obstáculos con los que las fuerzas de seguridad y las instancias jurisdiccionales se topan al tratar de cooperar interna e internacionalmente.

Pero el verdadero corolario de estas debilidades son las constituciones modernas, pues en ellas se aglutinan y por ellas se justifican todos los desmanes que he mencionado. ¿Es realmente beneficiosa o tan siquiera necesaria una constitución de 350 artículos, como la venezolana⁶, de 411 artículos, como la boliviana⁷, de 474 artículos, como la ecuatoriana⁸? ¿Qué clase de constitución incluye secciones sobre formas de producción, de trabajo y su retribución, sobre “democratización” de los factores de producción, sobre “comercio justo”, sobre un “régimen del buen vivir”, sobre cultura física y tiempo libre, sobre población y mo-

vilidad humana, y un largo, larguísimo etcétera⁹?

Desde luego, lo que resulta claro es que el concepto de constitución ha sido y sigue siendo fatalmente tergiversado por aquellos que defienden las sociedades cerradas, tribalistas, totalitarias. Y, lo que es más preocupante aún, sucede que en sociedades tradicionalmente abiertas, individualistas, liberales, las clases políticas han perdido de vista el verdadero significado de lo que la primacía de la ley, el Estado de Derecho y la constitución representan: el corazón de la libertad.

¿Pero por qué se ha llegado a este punto de confusión sobre lo que es una constitución o lo que es la ley? Para obtener algunas respuestas útiles sólo es necesario recorrer brevemente la historia del Derecho¹⁰. Lo que llama principal y poderosamente la atención al hacerlo, pues contrasta con lo que hoy se nos transmite en la prensa y se nos enseña en las facultades de Derecho, es que tradicionalmente se asumía que la ley no era creada por el ser humano, sino que sólo era “descubierta”¹¹, como dice Hayek un proceso “más parecido a la búsqueda de la verdad que a la construcción de un edificio”¹². Como la lengua o el mercado, se veía como algo natural y lógico que la ley fuera producto de una evolución cuyo punto de origen era imposible de señalar con precisión y cuyos detalles constitutivos escapaban de un entendimiento exhaustivo. La ley no era entendida como la ley escrita emanada del poder legislativo de turno. A pesar de que en la Grecia clásica empezaran a surgir ciertas tensiones entre normas pro-

ducidas y normas descubiertas, entre normas escritas y costumbre, la más insigne de las tradiciones jurídicas occidentales asumía en Roma con naturalidad que la formación del derecho era esencialmente producto de las relaciones entre individuos en el ámbito privado, y que el respeto y preservación de la costumbre y el precedente (*opinio iuris*) debían ser la piedra angular del Derecho. A modo de ejemplo, ello queda de manifiesto en el caso que enfrenta a Cicerón con Sulla por una disposición legislativa que éste pretendía hacer aprobar y que atentaba contra las libertades de los ciudadanos romanos. Al referirse a la ley en su amplio sentido, en oposición a la particular disposición legislativa (*lex rogata*) de Sulla, Cicerón dice “*Si quid ius non esset rogari, eius ea lege nihilum rogatum*”, es decir, que cualquier consideración de la disposición legislativa presentada que no fuera considerada de acuerdo a la ley, no debería ser tomada en cuenta. La tradición jurídica anglosajona compartía—se puede decir que hasta época muy reciente prácticamente sin oposición—esta misma idea de prevalencia de las normas descubiertas, no escritas, ratificadas por su uso cotidiano entre particulares, y fruto de la costumbre y la evolución cultural.

En la Europa continental, sólo a partir del siglo XIII y con el auge del absolutismo se empieza a cuestionar la naturaleza de la ley como orden espontáneo¹³, y el traslado de la potestad legislativa al monarca, primero, y a los parlamentos, después. Con el desarrollo del concepto moderno de soberanía y su asignación al Parlamento inglés se podría pen-

sar que esa mutación continental se replica en la tradición anglosajona pero, aunque el principio de soberanía parlamentaria del *Common Law* en cierta medida abre la puerta a perniciosas manipulaciones posteriores, no es así. Como muestra claramente la producción normativa del Parlamento inglés, sus integrantes tenían muy claros los límites de su acción legislativa, la cual no incluía la modificación de los principios rectores del Derecho, es decir la ley en su sentido clásico, el *nomos*¹⁴.

El verdadero golpe a la conceptualización clásica de lo que la ley significa, y la causa de gran parte de las ya mencionadas debilidades de las que adolecen nuestros sistemas político-jurídicos, proviene en mi opinión del positivismo. Aunque tiene su origen en la época de Solón y se desarrolla plenamente en la Grecia post-socrática, sustanciándose en los mencionados conflictos entre ley escrita y ley moral (o fruto de la costumbre), el positivismo renace en época moderna a través de Thomas Hobbes, y posteriormente de Jeremy Bentham¹⁵, G.W. Friedrich Hegel¹⁶ y Hans Kelsen. El objetivo principal del positivismo jurídico, como reconocen implícita y expresamente dichos autores, es el mantenimiento del status quo político a través de la negación de cualquier norma que no sea una norma explicitada. Ello conlleva que la única legitimidad para dictar normas corresponde a quien detenta esa facultad por ley, y que aquel que detenta esa facultad soberana no está constreñido por otros límites legales. Se puede apreciar claramente como Hobbes pensaba en el absolutismo de su Leviatán, o Hegel en el de Federico Guillermo

III, muestras de la naturaleza totalitaria que subyace en el positivismo. Esta doctrina ha tratado de eliminar en su empeño las diferencias entre ley—que incluye los principios básicos del Estado de Derecho—y norma legislativa—que regula la organización de las diferentes instituciones, procedimientos y políticas públicas—, así como entre derecho público y privado en detrimento de éste y beneficio de aquél, con el fin de acumular el máximo poder posible en el legislador sin ninguna restricción ulterior. Si a todo ello le añadimos los ataques rousseauianos a la razón crítica, el escenario está preparado para, incluso en democracias tradicionalmente liberales, ahogar el Estado de Derecho.

Son estos errores metodológicos—filosóficos, jurídicos y políticos—los principales generadores de los actuales problemas legales y judiciales a los que nos enfrentamos a la hora de combatir las nuevas formas de delincuencia transnacional y el terrorismo. El estar apegados a la letra de la ley, el circunscribir la acción del juez a las normas legislativas, la multiplicidad inmensurable de normas producidas por otros tantos órganos legislativos y administrativos, y la interpretación errónea del derecho internacional es lo que más gravemente dificulta la persecución dinámica y eficaz de estos delitos.

Un alegato por el resurgimiento del constitucionalismo liberal clásico frente al desafío del terrorismo contemporáneo

Por lo antedicho, lo que quiero proponer, no sólo como punto de partida para una lucha antiterrorista más

eficaz y preventiva sino también como reforma jurídica fundamental para la preservación de nuestras sociedades abiertas, es un resurgimiento de los principios constitucionales liberales clásicos bajo formas contemporáneas.

Como he explicado, la nefasta influencia del positivismo jurídico ha hecho virtualmente imposible el poder adaptar nuestros ordenamientos jurídicos con la agilidad necesaria para luchar eficazmente contra las modernas formas criminales, desde el terrorismo a la delincuencia organizada transnacional pasando por el tráfico ilegal de drogas, armas y la trata de personas. Por ello, el modelo propuesto, pretende reducir las dificultades que el positivismo jurídico genera (lentitud en la aprobación de normas, politización del proceso legislativo, burocratización de los mecanismos de respuesta, falta de flexibilidad en la investigación y enjuiciamiento de conductas delictivas, etc.), retomando como guía los principios jurídicos básicos del liberalismo, los cuales responden fundamentalmente a la necesidad que tiene el gobierno de defender el derecho a la vida, la integridad física y la propiedad de sus ciudadanos. Esos son los derechos fundamentales que deben ser protegidos porque son los que conforman la base sobre la que se asienta una convivencia pacífica y productiva.

Por ello, el modelo jurídico propuesto tendría como elementos principales: a) el público reconocimiento de que existen ciertos principios rectores (o leyes fundamentales, o *nomos*) de nuestras sociedades libres que

han evolucionado a lo largo de la historia y sin los cuales la naturaleza de nuestras interacciones cambiaría radicalmente y nos retrotraería a la cerrazón tribalista; b) que estos principios rectores o leyes fundamentales son distintos del ámbito de actuación legislativo del Parlamento tal y como hoy lo entendemos, y que éste está sujeto por aquellos; y c) un re-equilibrio del sistema de poderes, especialmente en lo que hace al poder judicial, cuyo peso específico debería incrementarse y su independencia asegurarse. De esta manera, lo que se buscaría es limitar los poderes democráticos previniendo tiranías de la mayoría¹⁷, reasignar competencias legislativas y reducir el número de normas jurídicas producidas, acotar y disminuir la politización dentro del proceso legislativo, y dotar de mayor flexibilidad al poder judicial a la hora de adoptar decisiones— pues deberían estar en consonancia con el *nomos*, pero no necesariamente con la letra de la ley en sentido estricto—, dando así mayor peso al precedente jurisprudencial como fuente del Derecho.

Este modelo debería ser consolidado en una constitución. Somos conscientes de la aparente contradicción que ello implica, pues se podrían ver veleidades positivistas en esta constitucionalización del modelo jurídico propuesto. No obstante, la contradicción es meramente aparente porque dicha constitución no buscaría ser exhaustiva sino tan sólo delimitadora del campo de juego en el que deberíamos movernos y ofrecer las reglas fundamentales del mismo. Ello con el fin de dar transparencia y publicidad a un sistema con vocación de consenso, pero no

con el fin de dotarlo de interpretaciones positivistas — “si no está escrito, no existe” —.

Por otro lado, el hecho de consolidar en una constitución el modelo jurídico propuesto también es un paso razonable y realista. En primer lugar porque el principio de jerarquía normativa es uno especialmente arraigado en nuestras tradiciones jurídicas, y por lo tanto necesario a efectos prácticos hoy por hoy. Segundo porque parece la manera más expedita de poner remedio a los entuertos normativos y políticos en los que nos hallamos en la actualidad, y tercero porque es la manera más simple de buscar el apoyo y refrendo de los ciudadanos¹⁸.

Nuestra constitución estaría caracterizada por su división en dos grandes áreas. La primera, que incluso no necesitaría ser parte del articulado aunque sí tendría carácter vinculante, expondría aquellos principios rectores de la sociedad abierta, o *nomos*, de los que venimos hablando, tales como el principio de igualdad ante la ley, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, la libertad de expresión y pensamiento, el pluralismo político, el derecho a un debido proceso judicial y a su apelación, y el traspaso pacífico del poder, consecuencia fundamental de la democracia. La segunda parte de la constitución trataría acerca de la ordenación institucional y territorial del Estado, lo cual englobaría la fórmula de gobierno y sus límites, la división de poderes y sus equilibrios y controles, así como los principios que rigen las competencias entre los dife-

rentes entes nacionales y de estos con el ámbito internacional¹⁹.

Uno de los principios fundamentales de la constitución propuesta que creo importante explicar es el de la “regla legislativa”. Hemos insistido en la necesidad de que existen ciertos principios rectores fundamentales más difícilmente modificables que el resto del ordenamiento jurídico. Estos principios rectores lo son porque la evolución cultural nos ha enseñado que son piedra angular de cualquier sociedad exitosa y próspera²⁰. Por lo tanto existen razones de peso para protegerlos especialmente. En consecuencia, para resolver el problema que pudiera plantearse al Parlamento a la hora de legislar en determinadas áreas delicadas, se debería aplicar una “regla legislativa” que consistiera en analizar si el acto normativo en estudio para su aprobación pudiera cambiar alguno de los principios rectores. De ser el caso, resultaría conveniente tomar precauciones adicionales involucrando en la decisión, por ejemplo, al Tribunal Supremo (o Constitucional)²¹.

El contra-argumento principal que un positivista pudiera tener ante este tipo de modelo jurídico es el de que se estaría vulnerando con él la necesaria seguridad jurídica. Ante este argumento se puede replicar en dos sentidos. Primero, que el concepto de seguridad jurídica, como el de ley, ha sido desprovisto de su significado original, y que si lo que se busca es la certeza de la ley, la nueva acepción vulnera más que ayuda a la hora de alcanzar este objetivo. Como demuestra Leoni²², el principio de seguridad jurídica

según se entiende en la actualidad — es decir, básicamente que la norma esté escrita y que sus disposiciones carezcan de ambigüedad— es una ficción pues la realidad muestra que la letanía de normas producidas por los parlamentos tiende a crear contradicciones legislativas y cambios constantes en el régimen jurídico del ámbito en el que se está legislando. Es decir, los mecanismos legislativos actuales crean más incertidumbre que certeza. En segundo lugar, y a consecuencia de lo primero, si lo que buscamos es certeza debemos recuperar el significado original del principio de seguridad jurídica que consiste en que los individuos sepan a qué norma atenerse para poder adecuarse a ella en sus relaciones e intercambios. Para ello es necesario reivindicar el “largo plazo” inherente al principio de seguridad jurídica. Ello estaría garantizado en el modelo jurídico que he esbozado a través de la armonización de todas las leyes organizativas que emanen del Parlamento con los principios rectores del Estado de Derecho que estarían recogidos en la primera parte de nuestra constitución, y con la aplicación de la “regla legislativa”.

Conclusión: reivindicación de la razón crítica y de la imaginación

En conclusión, creo que las labores normativa, ejecutiva, investigativa y de enjuiciamiento se verían positivamente afectadas a la hora de enfrentar amenazas a la seguridad tales como el terrorismo, si se adoptara un modelo de sistema jurídico más en consonancia con los principios liberales clásicos pero a su vez moderno y flexible. Mientras los conceptos básicos de lo que implica

el Estado de Derecho queden claros y estén protegidos, mientras existan controles para evitar arbitrariedades por parte de las autoridades públicas, y mientras se preserve la esfera de acción individual de cada ciudadano de acuerdo al marco jurídico general, estaremos a salvo de formas tiránicas de poder político.

No sólo eso. Si además respetamos estas reglas del juego, estoy convencido de que nuestra acción en materia de seguridad será mucho más exitosa de lo que lo es en la actualidad. Comprenderemos sin ambages la importancia esencial que tiene el deber del gobierno de proteger la vida y la integridad física de sus ciudadanos como condición necesaria de una sociedad libre y en paz. Así, debates estériles y ficticios como el de “seguridad vs. libertad”, se tornarían públicamente incongruentes. Seguridad y libertad no sólo no son opuestos sino que son indispensables el uno para el otro, son parte de un mismo todo.

Para poder aprovechar al máximo las oportunidades que el modelo jurídico propuesto pudiera ofrecer, se deberá proceder de acuerdo a la razón, tanto en lo que hace a su diseño como a su desarrollo. Es decir, tendremos que aproximarnos a los problemas jurídicos, políticos y filosóficos desde un punto de vista científico y aséptico. Además, no hablamos del uso de la razón bajo la premisa de creer que ésta es la solución a cualquier problema y que el ser humano es capaz de superar cualquier obstáculo o desatar cualquier nudo con el mero uso de la razón sino, al estilo de Sócrates y de Kant, utilizar la razón como instru-

mento y método pero aceptando que muchas cosas no son abarcables por nuestro entendimiento.

El uso de la razón crítica también nos aportará nuevas herramientas en nuestra lucha contra el terrorismo y otras formas de criminalidad. Como señala Popper: “el racionalismo debe estimular el uso de la imaginación porque la necesita [para superar contradicciones y desafíos teóricos y prácticos], en tanto que el irracionalismo hace todo lo contrario [, es decir, admite contradicciones y por lo tanto no reflexiona imaginativamente]”²³. Son precisamente soluciones imaginativas al problema de la seguridad las que mejor resultado están dando en la lucha contra el terrorismo, por ejemplo la especialización técnica de magistrados y fiscales, las restricciones en materia de acceso a un abogado de libre elección en las horas posteriores a la detención de un sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo, la colaboración entre sociedad civil y gobiernos locales para evitar la radicalización y reclutamiento de jóvenes por parte de los terroristas, las bases de datos compartidas entre las diferentes fuerzas del orden, etc.

Popper prosigue, “la razón, sostenida por la imaginación, nos permite comprender que los hombres situados a remotas distancias de nosotros, y a quienes nunca veremos, se nos parecen y que sus relaciones mutuas son como las que nos unen con nuestros allegados. No creo que

sea posible una actitud emocional directa hacia la totalidad abstracta de la humanidad. (...) Pero mediante el uso del pensamiento y la imaginación podemos llegar a desear procurar nuestra ayuda a todos aquellos que la necesitan”²⁴. Es ésta, sin duda, una receta muy liberal pues apunta al individuo como medida de las cosas, al tiempo que reconoce el fácil y necesario paso de la singularización hacia la abstracción por el efecto multiplicador que en nuestras vidas tienen los intercambios personales y materiales con otros. El liberalismo cobra completo sentido cuando las relaciones individuales trascienden nacionalidades y fronteras. Ello nos permite dotar a la cooperación internacional de un papel central dentro de la política de seguridad frente al terrorismo sin necesidad de forzar en manera alguna el marco teórico formulado. A mayor flexibilidad y dinamismo del ordenamiento jurídico, más fácil resultará cooperar internacionalmente para prevenir y luchar eficientemente contra los delitos transnacionales. A través de equipos conjuntos de investigación — policías, fiscales y magistrados —, de la simplificación de los trámites de extradición, del reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras, del intercambio de información de inteligencia, y de otras muchas maneras imaginativas que pueden adoptar los gobiernos para cooperar internacionalmente, es como verdaderamente nuestras estrategias se anticiparán a las de terroristas y criminales.

Ignacio F. Ibáñez Ferrándiz trabaja actualmente en la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Washington D.C., Estados Unidos. Con anterioridad a esta posición, tra-

bajó para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) con sede en Viena, Austria. El autor es Licenciado en Derecho y Master en Relaciones Internacionales (Primera Mención de Honor), especializado en Terrorismo y Derecho Internacional. Ha cursado sus estudios superiores en la Universidad Complutense y la Universidad San Pablo-CEU (Madrid, España), la Universidad de la Sorbona (París I, Francia) y la Universidad de Cambridge (Cambridge, Reino Unido). Autor de "Bioterrorismo, la amenaza latente", publica habitualmente trabajos y artículos sobre derecho, terrorismo y ciencia política. Las opiniones vertidas en este artículo son las del autor.

Notas

¹ Ver Arendt, Hannah, "Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil", 1963. Ed. Penguin Classics, 2006.

² Leoni, Bruno, "Freedom and the Law", 1961, ed. Liberty Fund, 1991 p.24. http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Fperson=3924&Itemid=28.

³ Es interesante analizar el caso español, que tiene su origen en las Cortes de Cádiz de 1812, por ser los sistemas de derecho civil o romano los más afectados por este mal. Ver Vilches, Jorge, "Liberales de 1808", ed. Gota a Gota, 2008, pp. 237 y 253. En el mismo sentido, Leoni, Bruno, op.cit. p. 75; von Mises, Ludwig, "Liberalism", 1927, ed. Ludwig von Mises Institute, 2010, p.172; y Hayek, F.A. "Law, Legislation and Liberty", 1973, ed. University of Chicago Press, 1978, vol. III, pp. 25-26.

⁴ Hayek, F.A. "Law, Legislation and Liberty", op.cit., vol III, pp. 25-26; pero también autores alejados del liberalismo como Bobbio, Norberto: "El futuro de la democracia", traducción Juan Moreno, ed. Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pp. 23 y ss.

⁵ De Tocqueville, Alexis, "La democracia en América", ed. Alianza, Ciencias políticas, vol. 1 pp. 288-291, 357 y ss. (entre otros pasajes que alertan acerca de la "tiranía de las mayorías")

⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000): <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>

⁷ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009): <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>

⁸ Constitución de la República del Ecuador (2008): http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

⁹ Ibídem.

¹⁰ Para los siguientes párrafos he seguido fundamentalmente a Acton, Lord John E.E. Dalberg, "The History of Freedom and other Essays", 1922, Ed. Cosimo Classics, 2005, pp.1-60; Hayek, F.A., "The Constitution of Liberty", op.cit. p.162, y "Law, Legislation and Liberty", op.cit. vol. I pp. 82 y ss., vol. II pp. 47 y ss., vol. III p.20 y ss.; Barendt, Eric, "An Introduction to Constitutional Law", ed. Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1998, para un recuento más contemporáneo y comparado; Dicey, Albert Venn, "Introduction to the Study of the Law of the Constitution", 1885, ed. Liberty Fund, 2010, http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1714&Itemid=28;

¹¹ Leoni, Bruno, "Freedom and the Law", op.cit. p. 15.

¹² Hayek, F.A., "Law, Legislation and Liberty", op.cit. vol. II p. 41 (ver también vol.III pp.1-31). Hayek, como Leoni, critica duramente esta confusión fruto en gran medida de la nefasta influencia del positivismo jurídico como se verá más adelante. En este sentido también puede consultarse Hayek, F.A., "The Constitution of Liberty", 1960, ed. University of Chicago Press, 1978.

-
- ¹³ Hayek, F.A., "*Law, Legislation and Liberty*", op.cit. vol. I p. 84
- ¹⁴ Aunque ya Pericles, a través de Tucídides ("*Historia de la Guerra del Peloponeso*", libro II, ed. Cátedra, 1988), expresa en su famosa oración fúnebre los elementos esenciales del *nomos*, en la época contemporánea es Hayek quien rescata y revaloriza el concepto.
- ¹⁵ Hayek, F.A., "*Law, Legislation and Liberty*", op.cit. vol. II p. 45
- ¹⁶ Popper, Karl, "*La sociedad abierta y sus enemigos*", 1945, ed. Surcos, 2006, p. 257
- ¹⁷ Lord Acton muestra con claridad la facilidad en la que una cultura tan avanzada y erudita como la ateniense se deslizó por ese terreno que condujo a guerras intestinas y al declive de su civilización. Ver Acton, Lord John E.E. Dalberg, "*The History of Freedom and other Essays*", op.cit. p.11-13. La formulación clásica puede encontrarse, como ya citamos, en: De Tocqueville, Alexis, "*La democracia en América*", op.cit. vol. 1 pp. 288-291, 357 y ss.
- ¹⁸ Como notará el lector no hablo de "soberanía". Aunque este es un tema en el que no puedo detenerme aquí, diré que no encuentro que este concepto, tal y como se interpreta en la actualidad, sea fundamental para el desarrollo libre y ordenado del individuo en sociedad.
- ¹⁹ Es interesante consultar el modelo estadounidense; para ello: Hamilton, Alexander; Jay, John; y Madison, James; "*The Federalist*" (ed. Gideon), ed. Liberty Fund 2001. http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=788&Itemid=28
- ²⁰ Sobre ello, ver las obras citadas de F.A. Hayek, así como "*The Fatal Conceit*", ed. University of Chicago Press, ed. 1991, entre otros muchos pasajes: p.157.
- ²¹ Hayek propone una asamblea de "*nomothetae*" u "*honorarios*", es decir un cuerpo de ciudadanos ilustres asignados a su responsabilidad con carácter temporal y rotatorio, así como un Tribunal Constitucional, como garantías sobre posibles cambios al *nomos*. Ver "*Law, Legislation and Liberty*", op.cit. p.111-124. Como complemento a esta regla podríamos añadir el llamado "*Leoni trial*" o "juicio de Leoni" (Leoni, Bruno, op.cit., pp.17 y 21 y ss.) que básicamente consiste en analizar si la norma legislativa en cuestión es necesaria o no. Si es posible solucionar el problema que esa disposición legislativa pretende atender a través de otros medios, entonces no sería necesaria. Este "juicio" sobre la necesidad de legislar contribuiría a reducir la producción legislativa y fomentaría medios imaginativos de resolución de problemas (cf. punto IV Conclusión).
- ²² Leoni, Bruno, op.cit. pp. 56 y 57.
- ²³ Popper, Karl, "*La sociedad abierta y sus enemigos*", op.cit., p.452.
- ²⁴ *Ibidem* p. 453.