

# La lucha por los derechos

(Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal)\*

JAVIER MUGUERZA

Instituto de Filosofía. CSIC, Madrid

El título de mi intervención en estas sesiones reconoce inspirarse abiertamente, como muchos de los presentes habrán sin duda imaginado, en el del célebre opúsculo *La lucha por el Derecho* (*Der Kampf ums Recht*, 1872) del historiador y teórico alemán del Derecho Rudolf von Ihering, también escrito a veces Jhering.

Ihering fue en su tiempo un conocido romanista, autor de una monumental historia del Derecho Romano en varios volúmenes aparecida bajo el rótulo de *El espíritu del derecho romano* (*Geist des römischen Rechts*, 1852-65), obra en la que asomaba ya lo que vendría a constituirse en un rasgo característico de su concepción del Derecho, a saber, el hincapié en la conexión entre el desarrollo de las leyes y el cambio social que le llevó, andando el tiempo, a convertirse en uno de los padres de la llamada «jurisprudencia sociológica». También lo fue de la llamada «jurisprudencia de intereses», así como de la «Escuela del Derecho Libre», y su influencia se deja percibir, finalmente, en la ulterior eclosión de las corrientes agrupadas bajo la denominación genérica del «realismo jurídico». Una visión realista del Derecho acostumbra a considerarse incompatible con la huera solemnidad de otras visiones más idealizadas del mismo, pero es en cambio compatible con una buena dosis de sentido del humor, que fue probablemente lo que indujo a Ihering a escribir un popular desahogo titulado *La jurisprudencia en broma y en serio* (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1880), donde el autor hace objeto de sus chanzas a la «concepción formalista del Derecho» que no ve en él sino la deducción silogística de una serie de concretas consecuencias jurídicas a partir de otra serie de principios jurídicos abstractos.

Pero la obra teórica de más envergadura en la que Ihering expone su concepción alternativa del Derecho es con seguridad su texto en dos volúmenes *El fin en el Derecho* (*Der Zweck im Recht*, 1877-83) —texto curiosamente traducido al castellano por el intelectual anarquista español Diego Abad de Santillán—, en el cual se sostiene la tesis de que la ley no es sino un instrumento para la

---

\* Texto leído en el curso sobre *Ideales políticos de la humanidad*, celebrado en Ávila, del 12 al 16 de julio de 1999, dentro de los X Cursos de Verano de la UNED.

consecución de una finalidad, de suerte que lo que se halla entre los móviles que animan la voluntad jurídica y los objetivos que ésta persigue resulta ser un cierto tipo de *interés*; y, habida cuenta de que la mencionada voluntad jurídica se manifiesta en lo que tradicionalmente se había dado en llamar y llama también Ihering un «derecho subjetivo», la definición por su parte de este último como «un interés jurídicamente protegido» convierte realistamente al Derecho en un campo en el que se ventilan con crudeza todo un surtido de *conflictos de intereses*, conflictos que el Derecho tal vez pueda contribuir a resolver pero que ninguna teoría de ese Derecho medianamente lúcida, además de medianamente honesta, debería ignorar ni menos aún tratar de enmascarar.

Semejante visión conflictualista, por no decir agonista, del Derecho es la que prevalece en el opúsculo *La lucha por el Derecho* comenzando por su título mismo, aunque con la importante precisión de que la lucha ahí propugnada no es sólo, o no es tanto, la lucha en que los intereses —por ejemplo, económicos o políticos— son defendidos *por medio del Derecho*, sino más bien la lucha por el propio Derecho en cuanto *un fin en sí*. O dicho de otro modo, lo que ahora se ventila es sencillamente la lucha que los individuos y las agrupaciones de individuos, sea en la esfera individual o en la social, llevan a cabo en defensa de *su derecho o sus derechos*, de acuerdo con el lema mediante el que Ihering nos advierte de que «sólo luchando alcanzaremos *nuestros derechos*». Y lo que se evidencia en este punto es que tal lucha, en la que con frecuencia se ve comprometida la dignidad de su protagonista, puede obligar a éste en ocasiones a supeditar otros intereses, incluido el mismísimo interés por su vida, a la salvaguardia del *interés jurídicamente protegido* que era su *derecho subjetivo*, interés cuya desprotección lleva al sujeto a considerarse «víctima de una injusticia».

En efecto, ésa es la consideración que habría arrastrado al héroe trágico de la novela *Michael Kohlhaas* de Heinrich von Kleist a transformarse, del honrado y pacífico campesino que venía siendo, en un litigante obsesivo e incluso en un feroz bandolero. Comprimido el argumento a lo esencial, Kohlhaas había entregado al caballero de Tronken, de quien era vasallo, un par de espléndidos caballos en prenda de una deuda o, con mayor rigor, de una abusiva exacción feudal. Pero, a las pocas semanas, comprueba con desolación que el caballero le devuelve, contra el pago de la cantidad adeudada, los dos caballos reducidos a jamelgos famélicos. Indignado, nuestro héroe recurre ante todas las instancias disponibles —príncipe, jueces, magistrados— intentando hacer valer en vano su derecho a una compensación, hasta que, harto de ver cómo le es denegado ese derecho, pasa a tomarse la justicia por su mano, con lo que sólo consigue acabar poniendo precio a su cabeza. La tragedia, por fin, se precipita y Kohlhaas es perseguido, apresado y ajusticiado, aun cuando antes de expirar, tras la condena a muerte por sus crímenes, obtiene al menos la satisfacción de recibir el postrer reconocimiento de su derecho inicial y salvar así su honor. Pero tanto von Kleist como von Ihering, lejos de reprocharle su obstinada terquedad y tacharle

de querulante maniático, lo ensalzan como un mártir del Derecho y no sólo de su derecho, toda vez que, al decir del segundo, quien defiende *un* derecho y lo ejercita, defiende y ejercita los derechos de cualesquiera otros agentes, esto es, defiende y ejercita *todos los derechos*.

En resumidas cuentas, pues, la lucha por el Derecho comienza invariablemente por, pero no se agota nunca en, la defensa individual de un derecho subjetivo (en tanto *facultas agendi* o capacidad de actuar por parte de un sujeto), dado que quien la asume «representa la ley» y, de este modo, transmuta aquel derecho subjetivo en «derecho objetivo» (en tanto *norma agendi* o regla de actuación extensible a los demás sujetos) y hasta en «el Derecho» sin más, con lo que la lucha por el Derecho adquiere para Ihering un valor altamente pedagógico que la convierte en «ejemplar»: la moraleja que se desprende de la historia de Michael Kohlhaas, para decirlo lapidariamente, es que «nadie merece su derecho si no está dispuesto a luchar —e incluso a dar su vida— por él» antes que tolerar verlo ultrajado con impunidad.

El carácter abiertamente subversivo de esta tesis de Ihering fue captado con perspicacia por el prologuista de la traducción española de su opúsculo —debida a Adolfo Posada—, prologuista que lo fue nada menos que Leopoldo Alas *Clarín*, no en su condición, claro está, de autor de *La Regenta* y otros estupendos relatos, sino en la de catedrático de Derecho Natural, tras haberlo sido de Derecho Romano y todavía con anterioridad de Economía Política. Desde un liberalismo bastante más radical a la sazón que el de Ihering, quien no pasó nunca de ser un moderado liberal-conservador decimonónico, escribiría aquél en su Prólogo: «Cualesquiera que sean las opiniones de Ihering en punto a la política actual, y a pesar de ciertas tendencias con exceso conservadoras que a veces ha manifestado, (su libro) es en rigor, sabiendo leer entre líneas, y aun sin eso, una obra de consecuencias *revolucionarias*, dando a este adjetivo el sentido menos alarmante posible». Ese sentido no excesivamente alarmante del revolucionarismo de Ihering es, por lo pronto, el que le lleva a rechazar la idea de *evolución* que presidía la concepción del Derecho sustentada por la Escuela Histórica de Savigny, para la que el derecho surge —a través de la costumbre— de una manera tan natural como el lenguaje en el seno de una comunidad, de suerte que las reglas jurídicas habrían de nacer en dicho seno ni más ni menos que con la misma sencillez que las gramaticales.

Para Ihering, por el contrario, todas las grandes conquistas a lo largo de la historia del Derecho se han producido *a través de la lucha*, una lucha que en ocasiones ha costado ríos de sangre, lo que le lleva a sostener que el Derecho es como Saturno devorando a sus hijos y no le es posible renovación alguna sino rompiendo abruptamente en cada caso con el pasado; y de ahí también su radical oposición a la doctrina del filósofo Johann Friedrich Herbart, quien radicaba el fundamento estético del Derecho en «el disgusto ante la lucha», a lo que Ihering contraponía estas palabras con que su opúsculo concluye: «No es siem-

pre la estética, sino la moral, la que debe decirnos lo que es la naturaleza del Derecho, y lejos de erradicar la lucha por el Derecho, la moral la proclama un deber... La lucha es el trabajo eterno del Derecho... Desde el momento en que el Derecho no está dispuesto a luchar, lo estará a dejarse sacrificar, y así podemos aplicarle la sentencia del poeta (Ihering alude aquí a unos conocidos versos del *Fausto* de Goethe) según la cual *Es la última palabra de la sabiduría / que la libertad y la vida sólo están al alcance / de aquél que cada día las sabe conquistar*».

Como el subtítulo del nuestro da a entender, en cualquier caso, el texto de Ihering va a servirnos en lo que sigue de *pretexto* para una «relectura» del mismo destinada a generalizar no sólo su ámbito de aplicación sino igualmente la intención que lo preside. En tanto que derechos individuales, los derechos subjetivos han sido relacionados con los «derechos humanos», de los que vendrían a constituir algo así como su *fundamento* jurídico. Y precisamente en virtud de aquel carácter individual de su ejercicio, Ihering los ejemplifica preferentemente, aun cuando no con exclusividad, en el dominio del *derecho privado*, como pudo apreciarse en el caso de Michael Kohlhaas, quien sin embargo, según vimos, llegaba a sublevarse en su defensa contra los poderes públicos. Comoquiera que sea, la teoría del Derecho discurre irreversiblemente para Ihering desde el derecho privado al *derecho público* más bien que a la inversa, pues, de acuerdo con su particular fenomenología jurídica, sólo quienes sean capaces de defender el derecho privado serán capaces de luchar por el derecho público y hasta por el derecho de gentes o internacional («si se quiere saber cómo una nación defenderá en un caso dado sus derechos políticos —llega a escribir a propósito de la Inglaterra de su época— basta saber cómo el individuo defiende dentro de ella su derecho personal en la vida privada»). Así es como en la onda de Ihering se ha podido hablar, con una jerga hoy un tanto obsoleta, de derechos subjetivos no sólo privados sino asimismo públicos, para aludir con estos últimos a los derechos humanos en tanto que reconocidos por el ordenamiento jurídico o, más exactamente, en tanto que consagrados por una Constitución como lo que llamamos *derechos fundamentales*. Los derechos subjetivos tanto privados como públicos, que en lo sucesivo llamaremos «derechos humanos y/o fundamentales», hacen entrar en juego, según se echa de ver, el cuadro de las relaciones entre el individuo, la sociedad y el Estado, relaciones que evidentemente trascienden el dominio de lo jurídico para cobrar una innegable dimensión *política*. Y tras ellas, en fin, se transparenta una no menos innegable dimensión *moral* que nos obligará a abordarlos desde la perspectiva de una ética, como la «ética pública», que no renuncie a trabajar dentro del marco de una estrecha colaboración con la filosofía jurídica y la filosofía política.

\* \* \*

Los derechos humanos, en efecto, *no* son propiamente *derechos* en tanto no hayan sido recogidos en el ordenamiento jurídico de un país dado, ordenamiento cuyo nivel más alto —a saber, el ordenamiento constitucional correspondiente— los consagraría, como acaba de indicarse, a título de «derechos fundamentales». Por retórica que a veces nos resulte la invocación de esos derechos en el texto de una Constitución, donde su reconocimiento legal es compatible con el hecho de que frecuentemente no se apliquen y hasta sean abiertamente violados, los derechos fundamentales son, con todo, derecho positivo (como lo serían asimismo al ser reconocidos en documentos internacionales), mientras que —a falta de semejante positivación— los derechos humanos sólo serán aspiraciones o exigencias morales, que es lo que determina que la ética tenga algo que decir acerca de los mismos. En vista de ello, cabría sostener, pues, que los derechos humanos presentan un *rostro jánico* —esto es, las dos caras opuestas de un Jano bifronte—, mostrando por un lado un «perfil ético», con anterioridad a cualquier reconocimiento suyo en algún texto legal, y por otro un «perfil jurídico» que nos permite adivinar su condición de potenciales normas jurídicas tras haber sido, si lo llegan a ser, legalmente reconocidos.

En cuanto al problema de la transformación de los derechos humanos —entendidos, repito, como aspiraciones o exigencias morales— en derechos fundamentales o propiamente jurídicos, dicho problema se nos presenta en este punto como el del *paso de la Ética al Derecho a través de la Política*, para lo que no es indiferente la manera en que, desde la Política, se conciba la relación entre Ética y Derecho: por expresarlo en dos palabras, diría que hay dos maneras de concebir esa relación, esto es, dos grandes concepciones del Derecho en su relación con la Ética, a la primera de las cuales (representada por Ihering y sobre la que he de volver, tratando de hacerla mía, más adelante) llamé antes la «concepción conflictualista» o *agonista*, reservando ahora para la segunda, en que me detendré a continuación, la denominación de «concepción irenista» o *consensualista*.

Para nuestros propósitos, podríamos ejemplificarla en los «modelos de consenso» —ampliamente distintos entre sí, pero no obstante emparentados— de John Rawls, en su libro *El liberalismo político* (*Political Liberalism*, 1993), y de Jürgen Habermas en, entre otros lugares, algunos de los ensayos del volumen *La inclusión del otro* (*Die Einbeziehung des Anderen*, 1996) que confrontan a las tesis de Rawls las del libro suyo anterior *Facticidad y validez* (*Faktizität und Geltung*, 1992). El contractualismo o neocontractualismo de ambos pensadores se reconoce heredero de las teorías ilustradas del contrato social (la obra de Locke, Rousseau y Kant), y tanto el uno como el otro reflexionan sobre el «consenso constitucional» que en cada caso haya de respaldar la Carta o lista de Derechos Fundamentales de una Constitución democrática. Desde un punto de vista ético, una preocupación común a los dos —en la medida en que persiguen por igual fundamentar éticamente una teoría de la

justicia— es que el *consenso constitucional* no se reduzca a la aceptación de un puro y simple *modus vivendi*, esto es, a una acomodación circunstancial y ocasional dictada por razones de mera conveniencia, sino envuelva un auténtico *consenso moral*. En este sentido, y salvando las obligadas distancias entre todos ellos, tanto Rawls como Habermas se moverían, pues, en la línea de «una interpretación moral de la Constitución» de corte análogo a la también recientemente ejemplificada por Ronald Dworkin. Y de ahí que, por lo que respecta a Rawls y Habermas, traten de apoyar aquel consenso constitucional en un consenso de mayor fuste, como lo vendría a ser el rawlsiano «consenso entrecruzado, por superposición o por solapamiento» (que de todas estas maneras, entre otras, se ha traducido al castellano el *overlapping consensus* en que se inspira el «liberalismo político» de Rawls) o como lo vendría también a ser el habermasiano «consenso racional» (el *rationaler Konsens*) que a su vez sirve de inspiración a la propuesta de lo que Habermas denomina una «política deliberativa».

Por lo que atañe, para empezar por él, al modelo rawlsiano de consenso, Rawls procede a delinearlo sobre la base de una idea central —la *idea de razón pública*— remotamente heredera de lo que Kant llamara el «uso público de la razón» o, si lo preferimos decir así, el uso de la razón en el espacio público, atribuyéndonos la licencia de traducir de esta guisa el vocablo alemán *Öffentlichkeit*. Para los ciudadanos en el seno de la sociedad política, serán «razones públicas» aquéllas que tienen por objeto el «bien público», esto es, lo que es o podría ser «bueno para todos» (lo que cabría llamar lo «justo»), a diferencia de las plurales, y a menudo enfrentadas entre sí, concepciones particulares del bien, esto es, a diferencia de lo que sólo es «bueno para algunos», o según algunos, de acuerdo con las razones asimismo particulares o «no-públicas» que puedan esgrimir los individuos y grupos de individuos en el seno de la sociedad civil. En cuyo caso nos asalta la pregunta acerca de si, y cómo, serían compaginables tales *razones públicas* y *razones no-públicas*. Para acudir a un socorrido ejemplo, las diferentes concepciones de lo bueno de católicos y no-católicos en una sociedad civil como la nuestra no tienen por qué coincidir en lo tocante a una cuestión como la del aborto; pero ello no debiera impedir al Estado español, en cuanto representativo de nuestra sociedad política, la promulgación de una ley de interrupción del embarazo que de veras se acomodase a la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, ley que naturalmente habría de respetar los derechos de las minorías que se opongan a ella, como en el caso, supongamos, de los médicos que por motivos de conciencia se niegan a colaborar en la realización de prácticas abortivas. Asegurar, en casos como éste, la primacía de las razones públicas sobre las razones no-públicas vendría a ser el cometido del *consenso entrecruzado* de Rawls, tendente a permitir que los ciudadanos alcancen un *acuerdo razonable* sobre una concepción política de lo justo desde las diversas, y presumiblemente discordantes,

concepciones civiles del bien sustentadas por cada uno de ellos, lo que convierte a tal acuerdo o tal consenso en una forma de *concordia discors* o «concordia discorde» que, para Rawls, constituiría un epítome del liberalismo político. Para Habermas, sin embargo, semejante modelo de consenso no pasaría de propiciar un mero «acuerdo fáctico» y adolecería así de un claro «déficit de racionalidad», toda vez que en él no se explicita el procedimiento de «deliberación» mediante el cual haya de ser posible «dar razón» del susodicho «acuerdo razonable». Por el contrario, el modelo habermasiano de consenso da en suponer que si la *deliberación* en el espacio público pudiera ser llevada a cabo en condiciones ideales de racionalidad —condiciones tales como que todos los participantes en la deliberación tuvieran irrestricto acceso a ella con idénticas oportunidades de intervenir en la misma, así como que todos los asuntos de interés general pudieran ser objeto de semejante deliberación sin restricciones, etc. —se abriría al *uso público de la razón*, siquiera sea idealmente, la posibilidad de alcanzar a la postre algún *consenso racional* digno de dicho nombre acerca de cualquier asunto debatido y, por lo tanto, susceptible de ser unánimemente aceptado por todos los protagonistas del debate. Y, mientras que la coerción estatal sería precisa en último término para hacer efectivo el consenso político rawlsiano, Habermas no vacila en presumir de que en el modelo deliberativo de consenso no habrían sido menester otras coerciones que «la coerción de los mejores argumentos». Ahora bien, lo peor de tal modelo no es la enojosa idealidad de sus supuestos de partida, que de por sí ya constituye un inconveniente considerable, sino el hecho de que Habermas propenda a concebirlo en términos indebidamente *epistémicos*, esto es, sobre la base del modelo de una competición entre teorías científicas en litigio sólo una de las cuales podría acabar acreditándose como «la verdadera». Pues, desde luego, es bien dudoso que sea ése el modelo al que se ajuste la discusión sobre cuestiones como la del aborto o, análogamente, la eutanasia, que son «cuestiones de vida o muerte» en las que se hallan implicadas nuestras convicciones más profundas, nuestras posiciones ideológicas más irreductibles y hasta nuestras más amplias concepciones del mundo, convicciones, posiciones y concepciones que tanto Rawls como Habermas calificarían sin ambages de «metafísicas» y cuya disputa, por lo tanto, no puede resolverse fácilmente en términos de «verdad» o «falsedad». En cambio, el modelo *político* de consenso que Rawls propone tendría más bien que ver, según su propia confesión, con el modelo de la concurrencia de diferentes credos religiosos, todos los cuales podrían coexistir pacífica e indefinidamente bajo condiciones de mutua «tolerancia» y sin plantearse en términos excluyentes la cuestión de su respectiva verdad. Ello no quiere decir que quienes profesen dichos credos se tengan que desentender de la verdad de sus creencias, sino sencillamente ocurre que la dejan de lado a la hora de «ponerse de acuerdo» siquiera sea sobre «la razonabilidad de su recíproco desacuerdo». Que es lo que sugería el juez de la

célebre «parábola de los tres anillos» de *Natán el sabio* de Lessing, quien invitaba a los creyentes de las tres grandes religiones monoteístas —la judía, la cristiana y la musulmana— a proseguir su convivencia en paz y en armonía, cada uno de ellos convencido de la verdad de su propia religión pero dispuesto a posponer la resolución de una cuestión tan enrevesada como la de «cuál de ellas sea de verdad la verdaderamente verdadera» hasta que algún lejano día un juez más sabio, que presumiblemente habría de coincidir con el buen Dios, se digne pronunciarse a tal respecto. Y, sin embargo, también este modelo de consenso —bastante menos superferolítico que el de Habermas y en modo alguno destinado, según vemos, a zanjar de una vez por todas el conflicto— podría llegar a resultar, a fin de cuentas, tan engañoso como siempre amenaza serlo cualquier consensualismo, pues no parece haber previsto qué hacer con los excluidos del consenso, entre los que se contarían, siguiendo con nuestro ejemplo, los agnósticos, o los increyentes, y no digamos los ateos. La suerte de estos últimos no puede lisa y llanamente confiarse a la teoría o a la praxis de la simple *tolerancia* religiosa, porque teóricos tan distinguidos de la misma como Locke no acababan de hacer ascos a la idea de incompatibilizar el ateísmo con el pleno disfrute de la ciudadanía y no faltan tampoco practicantes suyos, como los habitantes de ciertas localidades de la *deep America* o «Usamérica profunda», para los cuales da lo mismo la religión que se profese, pero sí, y sólo sí, el interlocutor profesa alguna, debiendo en caso contrario atenerse a las consecuencias. Por suerte o por desgracia, ningún consenso parece ser omnicomprendivo (comenzando por el consenso acerca de si hay de hecho, o podría haberlo, «un consenso omnicomprendivo»). Y, a falta de semejante *consensus omnium gentium*, quizás se imponga la necesidad de elaborar —en correspondencia con nuestros precedentes *modelos de consensos*, los consensos rawlsiano y habermasiano en tanto que «consensos morales»— algún *modelo de disenso*.

Dicha necesidad se haría aún más apremiante si del mundo de los consensos morales, que es un mundo más (Habermas) o menos (Rawls) ubicable en una especie de *topos hyperouránios*, descendiéramos al mundo sublunar de los consensos constitucionales, donde —de acuerdo con Luigi Ferrajoli, quien expresamente invoca en este punto a Rudolf von Ihering y su «lucha por el derecho»— «podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, en la historia de la humanidad, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los correspondientes textos de las Constituciones, [sino] todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados a base de rupturas y de revoluciones».

Para Rawls, el ejercicio del poder político sólo es moralmente justificable, y por ende legítimo, cuando los ciudadanos lo llevan a cabo de acuerdo con una Constitución democrática, esto es, una Constitución entre cuyos «in-

gredientes esenciales» figuren una serie de principios encargados de regular los «derechos básicos» de esa ciudadanía, derechos que las mayorías parlamentarias —y, por supuesto, los agentes gubernamentales— habrán de respetar, sin excepción y en cualquier eventualidad, si se trata de regímenes sometidos al «imperio de la ley» (ése sería el caso, por ejemplo, de derechos fundamentales como el derecho a la participación política —el derecho, supongamos, de todos los ciudadanos a votar y ser votados— sin los cuales ni tan siquiera habría lugar a hablar de democracia). Y de ahí la preminencia que Rawls otorga al poder judicial sobre el ejecutivo o el legislativo, lo que le lleva a afirmar que «en un régimen constitucional con revisión judicial, *la razón pública es la razón de su Corte Suprema*» (o, en nuestro caso, la del Tribunal Constitucional como escalón más alto del poder judicial), si bien Rawls cuida de subrayar que dicha Corte actúa en nombre del «poder constituyente» y éste reside en el pueblo, de acuerdo con la fórmula *We the people*, «Nosotros el pueblo», que en los Estados Unidos encabeza los pronunciamientos de la Corte y hasta el mismo texto constitucional. El papel de esa «suprema instancia», en consecuencia, podría ser en ocasiones «antimayoritario» (en el sentido de corresponderle preservar la Ley suprema frente a las leyes ordinarias dictadas por pasajeras mayorías parlamentarias y susceptibles de ser declaradas «inconstitucionales»), pero nunca será «antidemocrático», puesto que se halla siempre respaldado por la autoridad superior del pueblo, el cual además tiene en su mano la posibilidad de corregir, o de «enmendar», la propia Ley suprema, dentro de una tradición legal como la estadounidense en la que no escasean las enmiendas constitucionales. Ahora bien, el *déficit de racionalidad* que Habermas creía apreciar en el modelo rawlsiano de consenso —el modelo, recordemos, de la «concordia discorde»— se dejará apreciar igualmente si se trata de un *referendum* constituyente que de un *referendum* ordinario relativo a una cuestión puntual como la del aborto o, para el caso, también lo mismo si se trata de unas normales y periódicas elecciones legislativas. En todos estos casos habría que preguntarse cuál es la relación que existe entre *legitimidad democrática* y *racionalidad*, esto es, habría que preguntarse si la legitimidad de la decisión mayoritaria deriva o no en rigor de la racionalidad de la deliberación llevada a cabo con antelación, pregunta ésta difícil de responder afirmativamente cuando se piensa en el nivel más bien rascacueril de las campañas electorales a que estamos acostumbrados, pese a lo cual, y en tanto que demócratas, todos nosotros nos sentimos obligados a acatar la voluntad de la mayoría cualquiera que ésta sea. Pero ya Rousseau titubeaba sobre nuestro particular cuando —tras distinguir entre la *voluntad general* (que «sólo mira al interés común») y la *voluntad de todos* («que mira al interés privado y no es más que la suma de las voluntades particulares») — advertía que «lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos como el interés común que los une». Mas si sustituimos la apelación a la *volonté générale* por una apelación a la

*racionalidad deliberativa* que habría de presidir lo que Habermas caracteriza como «el proceso de formación de una voluntad colectiva», no creo que éste tuviera grandes reparos que oponer a la tesis rousseauiana, haciendo suya la idea de que lo que de veras legitima la conclusión mayoritaria de una «deliberación común» es la presunción de la racionalidad de dicha conclusión y no el número de votos que la avalan. Pero lo cierto es que esa idea resulta francamente rechazable, pues parece olvidar que el resultado de una votación no es tanto asunto de *deliberación* cuanto de *decisión* y tiene, por consiguiente, más que ver con la voluntad de los individuos que con ninguna suerte de «racionalidad (de la voluntad) colectiva». Así lo recordó muy oportunamente Ernst Tugendhat, al discutir hace ya tiempo el «acuerdo racional» o consenso habermasiano, insistiendo en que lo que verdaderamente cuenta en un acuerdo (por ejemplo, el acuerdo alcanzado a través de un proceso electoral) es el acuerdo mismo (esto es, la decisión política mayoritaria), acuerdo que no tenemos ningún derecho a desconsiderar por no pasar de ser un mero «acuerdo fáctico». Y lo que torna necesaria la exigencia de acatar semejante decisión colectiva (lo que democráticamente la legitima, diríamos) no es su presunta racionalidad, sino la obligación moral de respetar la *autonomía* de la *voluntad de cada uno* de los interesados. Lo que cuenta, así pues, no es la supuesta «voluntad general» supuestamente por encima de la «voluntad de todos», sino la «voluntad de cada uno», esto es, la voluntad de los individuos en tanto que sujetos autónomos. Por mucho que nosotros sospechemos que alguien vota exclusivamente movido por preferencias caprichosas, por mezquinos intereses personales o por pasiones imposibles de justificar racionalmente, no tenemos ningún derecho a dudar cuando ese alguien nos asegura que ha votado «en conciencia» (donde la conciencia o *autoconciencia* sería la cara interna de una decisión cuya cara externa, la *autodeterminación*, autoriza a nuestro individuo a declarar asimismo que ha votado «autónomamente») y estamos obligados, por lo tanto, a respetar su *voluntad individual*. Y más vale, en definitiva, que lo hagamos so pena de extraviarnos en laberintos que conducen únicamente a minimizar ese voto considerándolo un voto «errado», «no esclarecido», «inconformado a la razón» (¿caso no nos advertía Rousseau de que las voluntades particulares pueden equivocarse y confundirse, por lo que era preciso «conformarlas a la razón»? ) o —como hasta no hace mucho se decía, con terminología también en última instancia rousseauiana— un voto «alienado».

Pero, por lo demás, lo que sí es evidente es que el carácter mayoritario de una decisión colectiva no garantiza su «racionalidad», como tampoco garantiza —lo que sería aún más importante— su «justicia», y de ahí que esa forma de consenso no unánime regido por la «regla de la mayoría» no tenga otro remedio que dejar la puerta abierta a la posibilidad del *disenso* de individuos y grupos de individuos ante lo que, en un momento dado, consideren que es una *decisión mayoritaria injusta*. Sin que sea necesario recalcar que, desde luego, cabe «di-

sentir», no menos que «consentir», por motivos de conciencia y autónomamente. Con otras palabras, frente al modelo rawlsiano de consenso como *concordia discors* —pero también, naturalmente, frente al habermasiano—, habría ahora que echar mano de un «modelo de disenso» que complementase a estos últimos introduciendo la *discordia concors* o «discordia concorde».

\* \* \*

Por lo que a mí respecta, me inclinaría incluso a pensar que aquél es el modelo que mejor permite dar cuenta de la historia de la *conquista de los derechos humanos*, derechos que —antes de verse recogidos, como derechos fundamentales, en los textos de ciertas Constituciones desde los comienzos de la Modernidad a nuestros días y alcanzar reconocimiento internacional con la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948 o los diversos Pactos de Derechos firmados a partir de entonces por los Estados miembros de esa Organización— alimentaron, en tanto que exigencias morales, las reclamaciones y, consiguientemente, las luchas (dicho sea en honor de Ihering) de individuos y grupos de individuos a quienes un consenso antecedente les negaba su condición de sujetos de tales derechos.

Los derechos *humanos* no derivan de la idea de «naturaleza humana» —pues la naturaleza, según el adagio clásico, no produce derecho alguno ni por ende ningún «derecho natural»— sino de la idea de «condición humana» que, lejos de reducirse a una categoría biológica, constituye un concepto socio-histórico, es decir, sociohistóricamente construido a la manera de una categoría moral e incluso normativa más bien que puramente fáctica. En cuanto tal, dicho concepto logró la plenitud de su connotación y su denotación, al menos en nuestra tradición occidental, con el afianzamiento de la Ilustración a lo largo del siglo XVIII, que es precisamente la época de la «invención de los derechos humanos», por servirnos del giro con que da a entender Carlos Nino que estos últimos son un invento comparable a otros inventos —por ejemplo, el telar mecánico o la máquina de vapor— rigurosamente contemporáneos del *Bill of Rights* o Carta de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de la Francia de 1798, tal y como la Revolución industrial lo fue, por lo demás, de las Revoluciones políticas norteamericana y francesa. Pero las cristalizaciones constitucionales de una y otra Revolución política —originariamente bien distintas entre sí, como lo muestra en cada caso el diferente peso respectivo del poder judicial y del legislativo en el «control de la constitucionalidad»— no procedieron de ningún «consenso» previo del conjunto de la sociedad, sino por el contrario del «disenso» de un sector de la misma, como la burguesía en ascenso, que se sentía *excluido* del orden social vigente, ya se debiese la exclusión al sistema colonial impuesto por la Corona británica en los territorios ultramarinos o a los privile-

gios estamentales del antiguo régimen sancionados en Francia por la Monarquía absoluta.

Y, lo que no es menos decisivo, el nuevo consenso instituido tras la exitosa consolidación de ambas Revoluciones resultó a su vez *excluyente* de otros sectores de la sociedad, como la población negra esclava en el primero de los dos casos o las clases trabajadoras, campesina y obrera, en el segundo (caso este último en el que, como las feministas saben bien, se vieron asimismo excluidas las mujeres: a la francesa Olympe de Gouges le costaría jugarse la cabeza en la guillotina la simple idea de proponer una «Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana» paralela a la de los varones). Por lo que se refiere a dichas exclusiones, la abolición de la esclavitud no se produjo en los Estados Unidos sino tras una cruenta Guerra Civil de Secesión, pero el subsiguiente «reconocimiento constitucional de los derechos» de los antiguos esclavos no fue en rigor operativo hasta la segunda mitad del siglo XX; en cuanto a las clases asalariadas, el siglo XIX y la primera mitad del XX hubieron de presenciar, además de su progresivo acceso a los derechos civiles y políticos o «derechos humanos de la primera generación», la ardua conquista por su parte de los derechos económicos y sociales de la «segunda generación de derechos humanos»; y de nuevo, la última mitad del siglo XX fue testigo de la lucha de los pueblos colonizados por su independencia, así como por la aneja adquisición de los «derechos humanos de la tercera generación» o derechos de los pueblos a su identidad y su cultura. Derechos todos ellos que pasaron después a ser reivindicados, en las propias metrópolis, por las minorías marginadas, esto es, excluidas una vez más en su interior, como sigue ocurriendo en la actualidad con no escasos grupos étnicos, religiosos y de género o preferencia sexual, etc. (lo determinante en estos casos, al igual que en los anteriores, tampoco será tanto el consenso acerca de la justicia del reconocimiento de sus derechos humanos cuanto el disenso ante la *injusticia* de la falta de reconocimiento de los mismos, cuya prioridad sobre aquél ha sido recientemente defendida por Luis Villoro en su ensayo *El principio de la injusticia: la exclusión*).

La imaginación disidente ha mostrado a través de su historia, sin duda más antigua que la moderna historia de la conquista de los derechos humanos, una notable capacidad de diversificación que es de esperar que no decrezca en estos tiempos postmodernos en los que hoy hemos de desenvolvemos. Pero, por no aludir sino a una de esas diversas *formas de disidencia* imaginables, ahí está el caso de la «desobediencia» que invariablemente ha acompañado a las múltiples manifestaciones de la disidencia tenidas por relevantes en la lucha en pro de los derechos humanos. Una desobediencia que discurre desde la «desobediencia civil» a la «desobediencia revolucionaria», pasando por la «desobediencia al Derecho» mismo, que es una variedad de desobediencia magistralmente tratada entre nosotros por el inolvidable profesor Felipe González Vicén. Bajo todas esas formas, manifestaciones o variedades de la disidencia late la discordia

concorde, esto es, la discordia ante lo que los seres humanos tengan por una «concordia injusta», discordia que muchas veces es la única vía para lograr una *concordia más justa* que ésta. Pues más allá de tal discordia, que incluso en medio de la violencia frecuentemente inevitable no renuncia a esperar la concordia, tan sólo resta la discordia que, al rechazar toda esperanza de concordia, acabaría también, inevitablemente, desesperando de la justicia misma, esto es, tornándose inhumana.

De acuerdo con lo prometido en el subtítulo de nuestra intervención, el precedente modelo de disenso tal vez nos pueda ahora ayudar en nuestro ensayo de relectura «libertaria» del viejo texto de Ihering, para lo que se impone comenzar por una breve aclaración terminológica. El adjetivo «libertaria» no traduce la voz inglesa *libertarian* (característica de las propuestas «libertarianas» o «ultraliberales» de reducción del Estado a su mínima expresión, cuando no de su desaparición a instancias del «anarcocapitalismo» o «anarquismo de derechas»), sino la voz francesa *libertaire* (tenida desde hace más de un siglo por sinónima de «anarquista» en el sentido del anarcosindicalismo o anarquismo de izquierdas, alguna vez caracterizado como «una crítica socialista del liberalismo y una crítica liberal del socialismo»). A tenor de semejante caracterización, el *libertarismo* habría de asumir por igual la salvaguardia de la *libertad negativa* y de la *libertad positiva*, esto es, de la libertad llamada a garantizar la independencia del individuo frente al Estado y de la libertad llamada a permitir la participación activa del individuo en la vida política de ese Estado, libertades respectivamente, y en ocasiones unilateralmente, reivindicadas por el liberalismo y el socialismo. En efecto, el liberalismo ha tendido a concentrar sus esfuerzos en la defensa de la libertad negativa sin tener mucho, en cambio, que decir acerca del ejercicio positivo de la libertad (a los *derechos liberales*, encargados de proteger de la interferencia estatal al ciudadano en el marco de la «sociedad civil», corresponderá de parte del Estado el deber público de abstenerse de intervenir excepto para salvaguardar la «igualdad formal» de todos los ciudadanos ante la ley), mientras que, a la inversa, el socialismo ha tendido a anteponer el interés por la potenciación de la libertad positiva a la simple concentración en la tarea de la protección negativa de la libertad (si el ciudadano ha de tener derecho a participar activamente en la «sociedad política», corresponderá entonces al Estado el deber público de intervención para salvaguardar su disfrute de *derechos sociales* —como el derecho al trabajo, la salud o la educación— que permitan en lo posible su «igualdad material» y no sólo formal con el resto de los ciudadanos, en lugar de confiar sus oportunidades de acceder a aquellos bienes al simple juego de las reglas que presiden la vida económica de una sociedad civil reducida a la condición de sociedad de mercado). Y, tendencialmente al menos, un excesivo predominio de la sociedad civil pudiera conducir no pocas veces a consecuencias declaradamente «antisociales», según lo muestra el caso del liberalismo conservador que proporciona cobertura ideológica al

neoliberalismo económico imperante, de análoga manera a como un excesivo predominio de la sociedad política podría con no menor frecuencia conducir a consecuencias declaradamente «antiliberales», de las que fue en su día exponente la ideología del republicanismo socialista que alcanzara máximas cotas de autoritarismo en el socialismo dictatorial.

Pero en la medida en la que los derechos precedentes, como cualesquiera otros derechos humanos, requieren del respaldo de una Constitución para erigirse en derechos fundamentales, se nos plantea el espinoso problema del *control de su constitucionalidad*. Como se apuntó de pasada más arriba, dicho control podría ser reclamado o bien desde el poder legislativo o bien desde el poder judicial, según que el «Estado democrático de Derecho» sea preferentemente interpretado ya como «Estado legislativo de Derecho», ya como «Estado judicial de Derecho». Y en esta época de *crisis del legado de la Ilustración*, no es de extrañar que se cuestione el equilibrio clásico de tales poderes que un día pudo tenerse como definitorio de la Modernidad política.

Mas, desde el punto de vista del libertarismo, la supeditación del poder judicial, encargado de tutelar dichos derechos, al poder legislativo y no digamos al ejecutivo tan a menudo continuo con este último —que son poderes a los que nuestros derechos desafían, tanto si les oponen limitaciones (así, los antes llamados «derechos liberales») como si demandan inexcusablemente su actuación (así, los antes llamados «derechos sociales») — habría de resultar tan repudiable como la actuación corporativista de jueces y magistrados o su falta de control por parte de la ciudadanía: cómo haya de ser posible semejante *control ciudadano* no es cosa que nos corresponda dilucidar aquí y ahora, pero no hay duda de que los disidentes —no en exclusiva, es claro, sino entre otras muchas instancias imaginables— tendrían alguna contribución que aportar a esos efectos.

Inspirado tal vez por el ejemplo de la Constitución alemana (que, a la luz de lo acontecido en Alemania bajo el nazismo, ha llegado al «blindaje» de su Carta de Derechos, sustrayéndola así a cualquier intento de revisión ulterior por parte de los ciudadanos), Ernesto Garzón Valdés ha defendido la idea de que toda sociedad democrática tendría la obligación de preservar un «coto vedado» de derechos a salvo de cualquier compromiso resultante de la negociación entre sus miembros. En discusión con él, y declarándole parcialmente mi acuerdo, me he permitido puntualizar que dicho *coto vedado* ha de admitir al menos la posibilidad de su «expansión» (esto es, la introducción de «nuevos derechos» a tenor de las nuevas exigencias de los miembros de la sociedad) y me preguntaba seguidamente «quiénes habrían de trazar», en dicho caso, «las lindes de ese coto vedado». Mi respuesta era que el trazado de tales lindes corresponde a quienes, en la sociedad de referencia, ejercitan la «discordia concorde», esto es, el disenso con la finalidad de remplazar un contorno del coto ya obsoleto por otro nuevo y más amplio (por ejemplo, un contorno que permitiera hoy la introducción de un derecho, impensable en otros tiempos, como el derecho a un

medio ambiente no contaminado), tras lo cual un consenso asimismo nuevo, bajo la fórmula de la «concordia discorde» o cualquier otra, se encargaría de refrendar dicho trazado desde un punto de vista jurídico.

Sin embargo, añadía yo, este nuevo consenso no pasaría de ser sino el registro catastral de esa expansión del coto vedado, cuyos primeros exploradores y colonos habrían sido los disidentes y, en nuestro anterior ejemplo, los ecologistas. Y, así las cosas, me pregunto si no serán también los disidentes —entre otras instancias, lo repito— los llamados a tomar a su cargo la vigilancia crítica del territorio frente a cualquier abuso de poder, esto es, *frente al abuso de cualquier poder* que lo pudiese amenazar. Pero, potencialmente al menos, disidentes lo somos todos y a todos, pues, nos corresponde luchar por esos derechos o el Derecho.

Leopoldo Alas *Clarín* supo formular bien ese reclamo de movilización de la ciudadanía cuando, tras recordar al ilustre romanista que fue Ihering, escribía en su Prólogo a *La lucha por el Derecho*: «El derecho no estaba en los libros ni en las tablas del edicto tan sólo. Andaba por las calles, al aire libre; se movía, se le veía ir y venir de la consulta al foro; estaba en el mercado y en los comicios... El rumor que a lo lejos se oía al llegar a Roma era la voz del derecho: era la *stipulatio*; era la fórmula solemne de la *mancipatio*, coro majestuoso; era el monólogo de la *in iure cessio*; era el elegante hablar del sabio *prudens*, conciso y severo; era la gárrula retórica del hábil y fogoso *orator*. Pero el rumor crecía, el tribuno arengaba a los suyos, estallaba la tempestad, el estrépito se hacía horrísono, la plebe se marchaba; no se oía su justa pretensión y se iba..., se iba para volver con la justicia. ¡Y también aquellos ruidos formidables del motín y de la revolución eran la voz del derecho!».

Y eso es también lo que, modestamente, he querido hacer ver al insistir en que —allí donde la frágil fuerza de la razón sea capaz de imponerse todavía a la más contundente razón de la fuerza— la actividad de la razón habría de trascender los estrictos límites, y aun las francas limitaciones, impuestos a la idea de «razón pública» y al «uso público de la razón» por el consensualismo de Rawls o Habermas, acaso no tan fieles, si bien se mira, a la común inspiración de Kant cuando escribía que «la razón no impone ninguna dictadura y su dictado nunca es sino el consenso de ciudadanos libres, cada uno de los cuales ha de poder expresar sin temor sus objeciones e incluso su veto», esto es, su disenso.

En cuanto a los derechos reclamados desde la disidencia, de nada valdría que esos derechos fueran reconocidos por un Parlamento, o blindados por una Constitución como la alemana, o tutelados por una Corte Suprema o cualquier otra variedad de Tribunal Constitucional —pues las mayorías de los Parlamentos pueden cambiar de signo, las Constituciones venirse abajo o ser sustituidas por otras Constituciones y la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional dejarse corromper e irse al diablo—, de nada valdría, digo, todo eso (ni siquiera la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General

de las Naciones Unidas cuyo cincuentenario acabamos de celebrar hace unos meses) si los individuos y grupos de individuos que integran nuestras sociedades no estuvieran dispuestos a luchar por ellos, ya sea para conquistarlos, ya sea para preservarlos una vez conquistados, ya sea para profundizar en ellos y ampliarlos tras haber conseguido su consolidación.

Pero dejémosle a Rudolf von Ihering la última palabra a través de estas tres hermosas citas espigadas del texto que hemos estado releiendo, citas que por mi parte aduzco en homenaje a tantos esforzados luchadores por el Derecho como a lo largo y lo ancho de este mundo perseveran en el empeño aun cuando nadie parezca creer que sus justas reclamaciones habrán de ser un día atendidas: «La idea del Derecho encierra una antítesis... de la que es completamente inseparable, a saber, la de la lucha y la paz; la paz es el fin último del Derecho, y la lucha el medio para alcanzarlo», «Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; y es un deber para con la sociedad, porque tal resistencia no puede verse coronada por el triunfo más que cuando es general», «Para que el derecho y la justicia florezcan en el mundo... no basta con que el juez se halle dispuesto a ceñir la toga o la policía a su vez se halle dispuesta a desplegar a sus agentes; es, además, preciso que cada uno contribuya por su parte a tan gran obra, porque todo ser humano tiene el deber de pisotear, cuando le llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que es la arbitrariedad y la ilegalidad».

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACINAS, J.C.: «Sobre los límites de la desobediencia civil», *Sistema* (1997), pp. 99-113.
- BLANCO VALDÉS, R.L.: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de la constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994.
- DWORKIN, R.: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, MA, 1996.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ, E. y PECES-BARBA, G. (eds.): *Historia de los Derechos Fundamentales*, vol. I, *Tránsito a la Modernidad*, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, L.: *Diritto e ragione*, Bari, 1989 (hay trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillas y R. Cantarero, Madrid, 1995).
- GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *El pensamiento de Leopoldo Alas «Clarín»*, Madrid, 1987.
- GARZÓN VALDÉS, E.: *Derecho, ética y política*, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ VICÉN, F.: *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979.
- HABERMAS, J.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Francfort del Main, 1992 (hay trad. cast. e introd. de M. Jiménez Redondo, Madrid, 1998).
- : *Die Einbeziehung des Anderen*, Francfort del Main, 1996.
- y RAWLS, J.: *Debate sobre el liberalismo político* (trad. de G. Vilar e introd. de F. Vallespín), Barcelona - Buenos Aires - México, 1998.

- IHERING, R.: *Der Kampf ums Recht*, Leipzig, 1872 (hay trad. cast. de A. Posada, con pról. de L. Alas, Madrid, 1881).
- MUGUERZA, J.: *Ética, disenso y derechos humanos (En conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, Madrid, 1998.
- NINO, C.S.: *Ética y derechos humanos*, Barcelona - Buenos Aires - México, 1984.
- RAWLS, J.: *Political Liberalism*, Nueva York, 1993 (hay trad. cast. de A. Domènech, Barcelona, 1996).
- RODRÍGUEZ GUERRA, R.: *El liberalismo conservador contemporáneo*, La Laguna, 1998.
- TUGENDHAT, E.: *Probleme der Ethik*, Stuttgart, 1983 (hay trad. cast. de J. Vigil, Barcelona, 1988).
- VILLORO, L.: «El principio de la injusticia: la exclusión» (Octavas Conferencias Aranguren), *Isegoría* (de próxima publicación).

*Javier Muguerza. Catedrático de Ética en la UNED (Madrid). Miembro del Instituto de Filosofía del CSIC, ha sido profesor en las Universidades de Madrid, Barcelona y La Laguna, así como visitante en las de North Carolina, New York University y UNAM de México. Es autor, entre otros, de los libros: «La concepción analítica de la filosofía» (1974), «La razón sin esperanza» (1977) y «Desde la perplejidad» (1990).*