

CONSENSO Y DISENSO EN LA FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Andrés Ollero Tassara

El juego ponencia-comunicación plantea un diálogo reglado. En él, la «carga de la tesis» recae sobre el ponente, que la ha evacuado en este caso diversificándola en doce «hipótesis», a las que no dejaremos de referirnos (H.n) a continuación. Compete a los comunicantes la tarea, no menos comprometida, de mantener abierta la búsqueda filosófica. Así, pues, mientras en ocasiones anteriores¹ me he arriesgado a cargar con la formulación de hipótesis no menos modestas, ahora me esforzaré por mantener un diálogo, que abundará en consensos con lo que el ponente explicita y no escaseará en disensos con lo aparentemente implícito en su propuesta hipotética.

1. A mi modo de ver, existe un fundamento, intuitivamente captable, que permite privilegiar determinadas exigencias éticas hasta hacerlas merecedoras de relevancia jurídica. Entre las primeras surge quizá, como una de las expresiones elementales de la dignidad humana, la necesidad de contar con un *consenso* (H.7) como condición inexcusable para que cualquier otra, a determinar con mayor concreción, pueda aspirar a una garantía jurídica.

Por poco explícito que resulte ese fundamento, no parece que pudiera contar con otro más preciso cualquier *disenso* (H.10) como vía para la explicitación de tales exigencias. Es más fácil, sin duda, ponerse de acuerdo en lo que es radicalmente injusto (H.9) —¡consensuar el disenso!— que en qué sea lo acabadamente justo. Este fenómeno no hace sino resaltar dos momentos diversos de la circularidad hermenéutica² inseparable de toda actividad jurídica-

¹ Por ejemplo, «Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía», *Revista de Estudios Políticos*, 1983 (33), págs. 101-102.

² Especialmente ilustrativo el trabajo de A. Kaufmann, «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985 (25), págs. 37 a 62. También el de su discípulo W. Hassemer, «Hermenéutica y Derecho», *ibidem*, págs. 63 a 85.

ca: la pre-comprensión intuitiva que la anima y la «cosa juzgada» que le presta un punto final sólo aparente.

2. Todo lo jurídico me parece obligadamente «comunicativo», por partida doble. No sólo por aspirar a una fundamentación racional, sino también porque en su operatividad práctica pretende excluir toda justicia privada, recurriendo para ello a una dimensión heterónoma; de lo contrario, caeríamos en la lucha hobbesiana de todos contra todos.

Esa heteronomía jurídica puede entenderse como una crasa imposición de la fuerza, fundada racio-formalmente para aparecer como legítima. Pero puede también llevar consigo el intento —sin duda «utópico», en el sentido más positivo del término— de sustituir relaciones de fuerza por ámbitos de comunicación racional, reservando a aquélla un papel subsidiario³. El derecho no tendría que servir inevitablemente de instrumento para la imposición del más fuerte, como condición de super-vivencia, sino que aspiraría a convertirse en el ámbito posibilitador de una con-vivencia⁴ digna del hombre.

El ordenamiento jurídico se nos ofrece como marco para una convivencia consensual, bien propiciando el ingenuo abandono en instancias carismáticas, bien mediante la oferta de mecanismos de «racionalidad» representativa, participativa o de control del poder, destinados en principio a sustituir a los anteriores.

La exclusión de la justicia privada puede llevar consigo una dimensión ética inequívocamente social y comunicativa: el reconocimiento del *otro* como un *igual*, que convierte en «indigno» cualquier intento de imponer las exigencias propias sin dotarlas de una cobertura metasubjetiva. Desde esta perspectiva, *derechos* y pretensiones arbitrarias son conceptos contradictorios.

Los planteamientos individualistas (y neoindividualistas) de los derechos humanos responden, sin embargo, a un fundamento ético bien distinto. Aspiran a programar técnicamente una co-incidencia, sin necesidad de garantizar con-vivencia alguna. Los derechos no serían sino libertades residuales: cuotas de arbitrariedad a disfrutar fuera del campo expropiado por las leyes⁵. Desde esta perspectiva, el pacto aparece como obligada condición de la pacífica co-incidencia.

Cabrían exigencias basadas en el *disenso* que respondieran a un fundamento ético no muy diverso; la frontera entre los libertarismos o anarquismos de «derecha»⁶ o de «izquierda» acaba resultando notablemente sutil, ya que ni

³ Interesante la descripción «realista» que A. Ross plantea de la interrelación de la conducta interesada (motivada por la fuerza) y la desinteresada (con el sello de la «validez» jurídica), en *Towards a realistic Jurisprudence. A Criticism of the dualism in Law*, Copenhague, 1946 (edición en lengua española, Buenos Aires, 1961, pág. 90).

⁴ La relevancia filosófico-jurídica del concepto de con-vivencia, al que volveremos a aludir en estas líneas, resulta clarificada en la obra de S. Cotta como «coesistencia»: por ejemplo, *Giustificazione e obbligatorietà delle norma*, Milán, 1981, págs. 125 y sigs., o «La coesistenza come fondamento ontologico del diritto», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1981 (LVIII-2), págs. 256-267.

⁵ «Hay mucha diferencia entre la ley y el derecho; la ley es un vínculo, el derecho una libertad y difieren como contrarios», T. Hobbes, *De Cive*, XIV. 3.

⁶ Viene resultando obligada en este contexto la cita de R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York-Oxford, 1974.

uno ni otro se someten a límite con-vivencial alguno. El *consenso* individualista invita a creer en la posibilidad de programar órbitas de arbitrariedad capaces de desplegarse evitando toda conflictividad. Si esto resulta en ocasiones convincente es, no rara vez, gracias a una peculiar ceguera que hace tan «invisible» la conflictividad que acaba atribuyéndose tal condición a una supuesta «mano» armonizadora.

Un *disenso* sin referencia con-vivencial y comunicativa alguna llevaría a las formulaciones más drásticas del derecho de resistencia, no tanto respecto al «tirano» (sólo conceptuable como tal en la medida en que rompe dicha dimensión con-vivencial y comunicativa), sino respecto a los «otros», que amenazan una exigencia subjetiva que rechaza todo condicionamiento. El mesianismo terrorista, empeñado en salvar a los ignorantes y oprimidos —a pesar de ellos mismos, si su misma opresión o ignorancia lo exige— parece una fórmula disensual rechazable.

Caben, sin duda, otros *disensos* que sí remiten a un marco con-vivencial y comunicativo, con una especial fuerza interpeladora. Así, los mecanismos de *desobediencia civil*, o resistencia pasiva que, en vez de imponer por la fuerza exigencias subjetivas, provocan la activación de la fuerza del ordenamiento para, sometiéndose a ella, evidenciar su falta de racionalidad. Este esquema disensual se ofrece hoy como una vía privilegiada para la dimensión utópica que la lucha por los derechos humanos ha llevado siempre consigo (H.9).

Peculiar, por el contrario, sería el recurso a la *objeción de conciencia* que, más que una estrategia de *disenso*, no es sino un *consenso* cuya flexibilidad logra ampliarlo mediante el establecimiento de zonas de excepción, que no hacen sino reforzarlo. Sólo cuando tal excepción se convirtiera en regla entraríamos de lleno en el ámbito del disenso, pero saldríamos, a la vez, del de la objeción, que —por principio— no puede generalizarse sin acabar con la norma misma frente a la que se erige en excepción.

3. Aquellas *exigencias éticas* que, afectando a la con-vivencia, aceptan simétricamente la existencia de aspiraciones ajenas con similar legitimidad, se perfilan como *derechos*. Su fundamentación teórica lleva a interesantes adquisiciones éticas, sin que quepa excluir siquiera la obligada nostalgia de «comunidades angélicas» (H.8). El ordenamiento jurídico se ofrece, por otra parte, como ámbito para la posible delimitación práctica de la «juridicidad» de estas exigencias.

Todo esto obliga a plantear la relación entre *juridicidad*, *legalidad* y *positividad*.

Si la *juridicidad* implica con-vivencia, surgirá realmente cuando nos encontremos ante un entrecruce de libertades dispuestas a ajustarse con arreglo a su igual dignidad. De ahí que, por paradójico que resulte, un planteamiento individualista coherente acabaría siendo realmente a-jurídico; en la medida en que gira en torno a unas libertades no limitables (aunque sus defensores vayan reduciendo, generosa o resignadamente, el elenco). Sólo cuando se reconoce la necesidad de mesurar ajustadamente la propia libertad entramos en el ámbito de lo jurídico⁷. En realidad, si tales libertades ilimitadas aspiran a configurarse

⁷ Resulta sintomática al respecto la doctrina consolidada por nuestro Tribunal Constitucional rechazando la existencia de derechos ilimitados. Especialmente elocuente, a propósito del

como *derechos* es para poder revestirse de un título que les permita limitar libertades ajenas. En tal caso, la necesidad de un equilibrado ajustamiento (característico de la justicia) reaparece, si no se quiere propiciar un mero ajuste de cuentas a manos del más fuerte.

Es preciso, por tanto, ir «poniendo» a cada libertad en condiciones de desplegarse con-viviendo con otras igualmente dignas. Cabría entender que esto puede lograrse mediante un marco preciso de *positividad*, que vendría aportado por la *legalidad*. Cierta atisbo de esta equiparación parece adivinarse en la correlación que tiende a establecerse entre «derechos» y «textos legales» (H.11). Parece abundar en ello la alusión a unas exigencias morales «previas» a lo jurídico, sólo metafóricamente calificables como «derechos» (H.2), ya que sólo comenzarían a ser tales al positivarse, mediante su reconocimiento expreso en dichos textos. Se abriría así, al parecer, incluso una nueva fuente de razones argumentales, ya no «extrajurídicas» (H.4), distintas de aquellas «de orden ético» que habían presionado hasta hacer posible dicha positivación (H.5).

Pensamos, por el contrario, que la delimitación jurídica (con-vivencialmente ajustada) de las exigencias subjetivas implica un «proceso de positivación» (acertadamente, H.1), que se va produciendo a través de una cadena de *juicios de valor*. Estos brotan habitualmente de intuiciones éticas suscitadas por urgencias prácticas. Para no romper una relación de simetría, hay que buscarles luego fundamento en el marco consensual del ordenamiento. Una multiplicidad no reducida⁸ de juicios de valor autónomos haría imposible toda con-vivencia. El juez heterónomo se convierte, pues, inevitablemente en la primera exigencia de lo jurídico. Un arbitraje, plasmado en normas «particulares», permitirá superar en primera instancia la conflictividad.

El recurso al *arbitraje* como único horizonte jurídico exigiría, sin embargo, un abandono confiado de las partes en litigio que difícilmente puede lograrse en sociedades despersonalizadas. La entrada en juego de una legitimación institucionalmente formalizada, ajena a relaciones personales de confianza o al juego de una autoridad con trasfondo carismático, lleva consigo la necesidad de unos mecanismos de *revisión* de la aleatoria falibilidad de un dictamen falto de coberturas tan peculiares como las aludidas.

No basta, ciertamente, con multiplicar las instancias juzgadoras para satisfacer las exigencias de un marco digno de con-vivencia. Al hombre no le inquieta sólo el posible error del juicio ajeno, sino también, dada su radical historicidad, la posible *previsión* de los juicios futuros —acertados o no— que afectarán a su libertad. A mayor previsibilidad, más caudal de expectativas con resultado favorable.

derecho a la vida, la sentencia 53/1985 de 11 de abril sobre el proyecto de ley despenalizadora del aborto, Fundamento Jurídico 7 in fine, *Boletín Jurisprudencia Constitucional*, 1985 (49), pág. 533.

⁸ El concepto de «reducción de complejidad», convertido por N. Luhmann en centro de su sociología jurídica (cfr., por ejemplo, *Rechtssoziologie*, Hamburgo, 1972) es enormemente sugestivo por su agudeza descriptiva, sin perjuicio de lo discutible de las consecuencias que derivan de su no controlada querencia normativa (entre otros trabajos que hemos dedicado a este aspecto: «La fonction technocratique du droit dans la "Systemtheorie" de Niklas Luhmann», en *Achiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1975 (LXI-4), págs. 557-568).

Esta doble función de revisión y previsión ha de ser cubierta por una *norma* que, por su generalidad, permita:

1. enmarcar los juicios de valor de los jueces, matizando una dispersa subjetividad,
2. servir de fundamento a la posible revisión de sus errores, y
3. formular expectativas fundadas sobre las consecuencias futuras del propio comportamiento.

Tal norma general no ha de ser necesariamente un *texto legal*, como suele ser habitual en la cultura jurídica continental, sino que puede consistir también en un *precedente judicial*, característico de la anglosajona. De hecho, en las dos culturas coexisten ambos recursos⁹, aunque con diverso predominio.

Ni siquiera en el sistema continental, las fórmulas lingüísticas en que tales normas generales se plasman logran fijar una frontera tan nítida como para establecer una «positividad instantánea»¹⁰ capaz de delimitar netamente lo jurídico de lo pre-jurídico. El proceso de positivación, iniciado «previamente» mediante la *formulación* de una *exigencia ya jurídica*, por no excluir un marco con-vivencial (presentándose, por el contrario, como su consecuencia o, al menos, como una posibilidad compatible con él), continúa luego mediante un *contraste* con el marco de *normas generales*. En ellas buscará un *fundamento* argumental capaz de ratificar su *juridicidad*.

Esta operación, no exhaustivamente tecnificable, sino siempre interpretativa, se plasma en uno o varios juicios sucesivos, que concluirán —por exigencias procesales de seguridad y firmeza— con el establecimiento de una convenida situación de «cosa juzgada», merecedora de fiabilidad jurídica.

Todo intento de fijar dentro de este proceso un punto cero de juridicidad «positiva» exige un cúmulo de ficciones de dudosa ventaja. Considerarlo, por el contrario, como el proceso de positivación de una exigencia radicalmente «jurídica» —y «a fortiori» ética—, ¿exige asumir un planteamiento iusnaturalista? (H.2); ¿de qué tipo?

Queda abierto un interesante campo de discusión. Parece claro, en todo caso, que tal actitud no implica necesariamente un rechazo del «positivismo» jurídico porque se le considere éticamente indeseable; su rechazo resulta previamente obligado al constatarse, desde una perspectiva «realista» su absoluta inviabilidad práctica, y por cuestionarse las ventajas de las ficciones «ideológicas» que lleva consigo. No parece que esta primera constatación obligue a suscribir algún tipo de «iusnaturalismo», ya que lo que se afirma es que la actividad jurídica consiste en la formulación de unos juicios éticos, necesitados luego de una *fundamentación argumental* en el marco del ordenamiento, no sólo para legitimar el recurso ocasional a la fuerza, sino porque se aspira incluso a convertirlo en superfluo. Lo que el «iusnaturalismo» plantea es, a

⁹ Significativa sobre el particular la jurisprudencia constitucional sobre el «principio de igualdad en la aplicación de la ley», que ha acabado experimentando una curiosa metamorfosis destinada a evitar, precisamente, una vinculación del juez a los precedentes. Cfr. nuestro trabajo *Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución*, Anuario de Derechos Humanos, 1986-87 (4), págs. 173-198.

¹⁰ Al respecto nuestro trabajo *Positividad jurídica e historicidad del Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1985 (2), págs. 285-296.

nuestro modo de ver, algo distinto: si tales juicios de valor, siempre inevitables e imposibles de traducir en fórmulas jurídicas unívocas, remiten a su vez a un *fundamento real objetivo* o son caprichosos desahogos emocionales o voliciones arbitrarias.

4. En todo este planteamiento, que ha pretendido prestar especial relieve a la descripción de lo que los juristas hacen, el *consenso* ha ocupado un evidente lugar central. Partiendo de la dignidad humana —cuyas exigencias invitan a matizar la heteronomía con fórmulas posibilitadoras de una relativa «auto-obediencia»— sin consenso no habría con-vivencia, sino mera imposición del más fuerte. Con ello lo descriptivo acaba revelándose también como normativo. El jurista no es sólo, de hecho, un consensuador nato (como amigable componedor entre las partes o como protagonista del ajustamiento judicial de sus conflictos), sino que, además, debe serlo, si quiere promover la con-vivencia social.

Esto no implica, por supuesto, que el *consenso* fáctico lleve en sí su propio fundamento racional (acertadamente, H.6). El consenso, como acabamos de ver, no funda la *ética*, sino que, por el contrario, viene exigido por ella¹¹. No es el piadoso remedio a un resignado relativismo, sino una de las exigencias más elementales de la verdad de la dignidad humana, cuyo fundamento remite a su vez, más allá del consenso, a profundidades inevitablemente «ius-naturalistas».

Mientras que la «ética comunicativa» apela al consenso forjando artilugios teóricos que alivien el andar a tientas en dichas profundidades, la actividad jurídica —que da por sentada la exigencia ética del consenso— se ofrece como un campo de realización práctica. Tanto las propuestas contenidas en las leyes —que no son aún derecho plenamente «positivado»— o los precedentes (jurisprudenciales o administrativos), como los juicios de valor que activan la dinámica jurídica (los de los ciudadanos que reclaman su «derecho», los de los juristas, que fundamentan en el marco normativo sus pretensiones o las de sus contrarios, los de los jueces que disciernen entre las dos argumentaciones contrapuestas...) van tejiendo un consenso hasta lograr la relativa «objetividad» de la «cosa juzgada».

La actividad jurídica, que es siempre práctica, debe —si quiere superar la mera imposición voluntarista— ser también filosófica: buscadora de una solución con fundamento. Tal filosofía práctica ha de realizar en lo concreto los objetivos teóricos de la «ética comunicativa», ya que ésta no encierra sino una escenificación jurídica del discurso ético, al asumir el diseño procedimental característico de la tarea jurídica.

Ni que decir tiene que este planteamiento, que hace inseparable *derecho* y *consenso*, puede resultar sobrecogedoramente conservador y escasamente lúdico. Los realistas escandinavos —sobre todo, Olivecrona¹²— han realizado,

¹¹ Un desarrollo más amplio de esta afirmación en nuestro trabajo *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 1983-84 (23-24), págs. 163-182.

¹² «Es una conquista notable de la civilización occidental el haber sujetado realmente a la fuerza estatal de modo tal que no puede ser utilizada, hablando prácticamente, de otro modo que conforme a normas jurídicas bajo la dirección, o bajo el control, de jueces independientes del Gobierno. Nos hemos acostumbrado a tener por segura esta situación. Quizá podría ser conside-

en el marco de una física social de corte hobbesiano, una ardorosa apología, no exenta de cinismo¹³, de esta función conservadora del Derecho.

El ordenamiento jurídico, con sus dimensiones constitucionales reforzadas (derechos fundamentales, reservas de ley y de ley orgánica, recursos de inconstitucionalidad y de amparo, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en nuestro caso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) se ofrece como el campo de juego para una continua actualización del *consenso* positivador de tales derechos. La fundamentación de las exigencias jurídicas individuales, que activan estos mecanismos, seguirá reenviando a intuiciones éticas subjetivas y a los códigos fundamentadores que pertrechan toda conciencia. El ordenamiento jurídico pretende ayudar a confluir consensualmente a estos planteamientos éticos dispares y contribuye a ajustar prácticamente esas exigencias individuales, acompañadas siempre de una inevitable querencia a la ilimitación desmesurada.

El proceso de positivación va dotando a las exigencias individuales de una capacidad de garantía práctica; se margina así la mera reivindicación retórica, condenada a verse reducida a un *disenso* tan estéril como conflictivo. Pero, a la vez, limita obligadamente su campo de acción. Así, un derecho fundamental reconocido en la Constitución, pero falto aún del desarrollo legislativo que continúe su positivación, ofrece un campo de juego de escasa garantía, al ofrecer pocos elementos de apoyo, tanto a la hora de recurrir contra supuestas lesiones como a la de establecer, con fundamento, expectativas de futuro sobre las consecuencias de la propia conducta. Sin embargo —dentro siempre de lo aleatorio de la actividad jurisprudencial— puede acabar siendo una posibilidad de despliegue práctico mucho más amplio. La positivación concretizadora brinda mayor seguridad, a costa siempre de cuotas de libertad; restringe el ámbito formal del Derecho fundamental para brindar una dimensión material más garantizada¹⁴.

Desde esta perspectiva, hacer girar a la *actividad jurídica* en torno al *disenso* implicaría un giro copernicano de dudosa coherencia. Cabe, sin duda, preguntarse si el Derecho tiene o no sentido; si no cabría una con-vivencia libre de elementos represivos (ahora o en una previsible situación idílico-escafológica)... Una respuesta positiva llevaría coherentemente a postular la abolición o extinción del Derecho. Plantear el ordenamiento jurídico como privilegiado campo para el *disenso* —de modo habitual o de acuerdo con *uso alternativo* estratégicamente dosificado— lo convertiría en mero instrumento

rada, con mayor fundamento, como casi un milagro. Es el resultado de una labor secular; un aparato de relojería del tipo más fino e intrincado. Reconstruirlo, una vez destruido, no sería tarea fácil», «Law as Fact», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Oxford-Nueva York, 1947 (versión en lengua española en *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, 1956, pág. 240).

¹³ La descripción «realista» de que el Derecho funciona como una máquina no puede obviar la realidad de que ello sólo es posible a condición de que el ciudadano esté convencido de lo contrario; al respecto nuestro trabajo, «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 1984 (25), pág. 112.

¹⁴ Sobre el particular nuestro trabajo «Para una teoría “jurídica de los derechos humanos”», *Revista de Estudios Políticos*, 1983 (33), págs. 103-122.

al servicio de un voluntarismo, minoritario por definición y falta de legitimación plausible.

5. No es menos cierto, sin embargo, que este enfoque corre el peligro de desembocar en una visión del ordenamiento jurídico que tendría poco que envidiar a las posibles «angeologías» (H.8) de la «ética comunicativa». Plantearlo como un foro cristalino de argumentación racional consensuadora, en cuyas inmediaciones permanece la fuerza mansamente aparcada, a la espera de una aplicación subsidiaria estadísticamente poco frecuente, puede resultar tan fundado como ver en la *democracia* el despliegue fáctico de una comunidad de ciudadanos ilustrados y racionantes. La comparación no deja de ser intencionada, porque pienso que es el papel que corresponde al *disenso* dentro del ordenamiento jurídico —y muy especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales— aparece estrechamente relacionado con la función que se le reconozca dentro del juego democrático en general.

Se ha descrito con lucidez la querencia actual a una inversión práctica de los esquemas teóricos de la legitimación democrática en las sociedades avanzadas. El ciudadano crítico, ansioso de hacer valer su libertad, se ve sustituido por el obsesionado por la seguridad, al que importa más la fiabilidad de sus expectativas que la posibilidad de multiplicarlas. La opinión pública forjada por ciudadanos pensantes, capaces de forjar un consenso vinculante para los titulares del poder político, se ve concretada en una *manufactura técnica del consenso* social, que concede el adecuado respaldo a los dictados del poder fáctico, residenciado o no en las instancias políticas. La técnica electoral deja de canalizar propuestas positivas urgidas por una sociedad reivindicativa, para servirle de válvula de desahogo de la cuota residual de expectativas que el consenso manufacturado no ha logrado eliminar...

Ante esta descripción cabe la apología cínica —desde criterios funcionalistas de rentabilidad o «reducción de complejidad», como los ya aludidos— o la denuncia de la democracia formal como un timo «ideológico» difícilmente tolerable. Cabe la propuesta de sustituirla con modelos alternativos, por el momento comprobadamente más intolerables; pero cabe también la apelación a la democracia (a la formal, en primer lugar, pero precisamente para no renunciar a convertirla en material) como exigencia ética utópica. Recurriríamos entonces al *disenso*, no para sustituir al *consenso*, sino para hacerlo expresión real de la dignidad humana y no una tapadera vergonzante de su negación.

Así cobraría todo su valor la constatación histórica de que el *disenso* ha sido el motor decisivo de los progresos en la *positivación* de los derechos humanos (acertadamente, H.9). La *dimensión utópica* de esta lucha desmiente, de manera tan práctica como elocuente, todo intento de fundamentar sus exigencias en los *tópicos* expresivos del *consenso fáctico* de una época (acertadamente, H.6). Pero, en nuestra hipótesis, lejos de encontrarnos ante una «fundamentación negativa» o disensual de los derechos humanos (H.10), resaltamos el papel indispensable del *disenso* como motor del proceso de su *positivación*, *reactivando* críticamente un *consenso* continuamente amenazado por su posible instrumentalización interesada al amparo de los *tópicos* ideológicos del momento.

Cada recurso de amparo es la queja de un ciudadano, que disiente de los poderes públicos que han atropellado sus derechos, y reclama para ellos la protección —«positivadora»— del ordenamiento jurídico. Cada recurso de inconstitucionalidad expresa el disenso de la minoría ante lo que considera la negación mayoritaria de un derecho fundamental. Cada cuestión de inconstitucionalidad trasluce el disenso de un juez frente a las posibles consecuencias prácticas inhumanas de una ley, hasta ese momento libre de sospecha.

Pero el *disenso* no invita sólo a animar los resortes críticos del ordenamiento, sino que empuja a veces a presionar desde fuera de él, para lograr el enriquecimiento de sus contenidos y evitar el riesgo siempre amenazante de la «inhumanidad del derecho» (H.12).

El primer campo de juego de esta dimensión del *disenso* viene ofrecido por el *ejercicio* activo de aquellos derechos humanos sobre los que ya existe *consenso*. Particularmente, la libertad de expresión, capaz de sacudir con coraje cívico un amodorramiento programado por los fabricantes del consenso; la libertad de reunión y manifestación; el esfuerzo por lograr que la «estructura interna y el funcionamiento» de los partidos y sindicatos sean realmente «democráticos» (artículos 6 y 7 de la Constitución), vitalizando así el consenso, en vez de convertirse en la expresión más obscena de su mecanización...

Aparte de esta autenticación del consenso, correctora de su degeneración, el disenso puede servir aún de argumento *ad absurdum* a través de las variantes de *desobediencia civil*. Estas tratan de apelar a la sensibilidad de un consenso adormecido, zarandeándolo con la exhibición pública de las consecuencias inhumanas que engendran en la práctica sus enunciados retóricos (H.11); o muestran ostensiblemente tal capacidad de asumirlas personalmente, que invita a considerar la conveniencia urgente de revisar el consenso para que asuma las cuotas utópicas justificativas de esa autosumisión.

Cuando el *disenso*, lejos de hacer posible la *auto-revisión del consenso*, pretende erigirse en su *alternativa* hemos abandonado el campo del Derecho para adentrarnos por vías revolucionarias o golpistas. Coincidentes ambas en su opción por el disenso, sólo una «fundamentación ética positiva» podría llevar a discernir entre el disenso capaz de legitimar una *revolución* y el merecedor de ser rechazado por *golpista*. Sin ella, no nos quedaría sino la resignada conseja kelseniana: esperar lo suficiente para que sea la eficacia del disenso la que nos permita dar por establecido un nuevo ordenamiento jurídico válido¹⁵. Si aspiramos a más, hemos de volver al objeto central de nuestro encuentro, centrado —conviene no olvidarlo— en la «fundamentación ética de los derechos humanos».

6. Pocas pistas hemos encontrado en las doce «hipótesis» propuestas sobre cuál sería la respuesta plausible. Sin duda, constituirán el nervio central de una exposición oral a la que no se ha querido restar expectación.

Hemos registrado ya las alusiones, rebozadas con irónico despegue, a la «ética comunicativa». Su dimensión procedimental (H.6) ofrece, a nuestro

¹⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960 (2.^a), versión en lengua española, México, 1981, págs. 218 y 219.

modo de ver, más que una verdadera «fundamentación» (H.8), algo así como la «prueba del nueve»: una simulación operativa, destinada a contrastar la consistencia de unas propuestas formuladas de antemano gracias a fundamentos ajenos al consenso; no parece, ciertamente, tener demasiado sentido dedicarse a consensuar propuestas sin fundamento alguno. Contamos, más que con una «fundamentación», con un test de razonabilidad; no se pone a prueba el fundamento de la propuesta, sino sus posibilidades de lograr verse aceptada. Nada impide que dos propuestas notoriamente discrepantes puedan lograr similar homologación. Pero, en todo caso, parece inevitable que una y otra hayan de remitirse a algún fundamento, para lograr así la adhesión del auditorio ideal.

Si de lo que se trata es de diluir cuestiones últimas de orden metafísico, para conformarse con la fluidez de su operatividad procedimental, ningún jurista pragmático torcerá el gesto; por formación, les preocupa siempre más lo «razonable» del resultado que el rigor racional de la fundamentación. Más exigentes parecen, sin embargo, las previsiones de nuestra Constitución, que —descartando todo angelismo parlamentario— considera (artículo 53.1) que el «contenido esencial» de los derechos y libertades fundamentales deberá ser respetado por cualquier ley, por muy elevado que resulte el consenso parlamentario alcanzado. Nos hallamos, pues, ante unos *derechos* que son «previos» a las leyes que contribuirán a desarrollar su proceso de positivación; y no ante meras *exigencias éticas* pre-jurídicas (H.1). Puestos a buscar fundamento a tales derechos pre-legales, si se nos anima a encontrarlo en la «dignidad, la libertad y la igualdad humanas» —como se nos plantea por hipótesis (H.1)— parece obvio que nos adentramos en un «iusnaturalismo» tan autoconvencido como para atribuir desigual consistencia a un derecho fundamental y a una metáfora (H.2).

Acabar «tachado» de iusnaturalista puede no estar muy bien visto, lo cual —siendo riesgo inevitable cuando se da más importancia a la ética que a la estética— no deja de ser ocasión impagable de practicar el *disenso* frente a los *tópicos* al uso. De mayor cuantía es la dificultad de explicitar, de una vez por todas, un fundamento tan neto como para sacarnos de dudas sobre el «contenido esencial» de tales derechos, ofreciéndonos tan acabadamente sus perfiles positivos que resulte superfluo todo ulterior «proceso de positivación». Bien es verdad que esto sólo resulta obligado cuando se pretende construir un sistema iusnaturalista «more geométrico», o aislar unos derechos ilimitados excluibles de toda negociación social. No tropezaba con tales problemas, al hablar de lo justo por naturaleza, el viejo Aristóteles, no poco «comunicativo» por demás a fuer de prudente.

Nuestros prudentes jueces constitucionales se han mostrado parcos a la hora de explicitar la «fundamentación» de ese «contenido esencial», del que la norma suprema les convierte en privilegiados intérpretes. Cuando lo han hecho, parecen acercarse más a la «ética comunicativa» —y a su modesto vértigo ante las profundidades metafísicas— que a los sistemas racionalistas¹⁶.

¹⁶ Así la sentencia 11/1981 de 8 de abril, Fundamento 8, que señala «dos caminos» para acercarse a «la idea de “contenido esencial”»: «la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho», entendida como «el metalenguaje o ideas generales y convicciones ge-

Pensamos, pues, que los derechos fundamentales cuentan con el fundamento real de que su mismo nombre presume. Se trata, sin duda, de un fundamento ético (H.5), que incluye —como exigencia de la dignidad humana— el reconocimiento de un pluralismo cognoscitivo. Por otra parte, precisan —como consecuencia de la historicidad humana— todo un «proceso de positivación» que vaya decantando las dimensiones existenciales de su contenido esencial y contribuya a la vez a posibilitarles en la práctica una mayor garantía y efectividad. En efecto, «el reconocimiento de tales o cuales derechos a través de un ordenamiento jurídico» o, quizá mejor, cualquier fase operativa de su proceso de positivación, está muy lejos de zanjar la pregunta relativa a su “fundamento”» (H.3). Al fin y al cabo, cada momento de ese proceso de positivación, ficticiamente ultimado por la «cosa juzgada», es un intento —tan fundado como problemático— de darle respuesta. El *consenso*, pues, no nos sirve como *fundamento* de los derechos humanos, pero sí se nos convierte en una exigencia básica que debe presidir su proceso de *positivación*. El consenso no sólo legitima este proceso, sino que hace también legítimo —e incluso éticamente exigible— el *disenso* capaz de evitar su instrumentalización mecánica.

La dificultad de encontrar una *fundamentación positiva* de los derechos humanos, no siendo escasa, tampoco parece mayor que la de encontrarles una auténtica *fundamentación negativa* o disensual (H.10). Si nos sometemos al contraste consensual la problematicidad que deriva del pluralismo cognoscitivo, precisaríamos —para abordar una fundamentación «desde» el disenso (H.10)— un fundamento tan sólido que casi llevaría a rechazar por errónea cualquier variante pluralista. Si no disponemos de él, sólo parece quedarnos un arriesgado recurso: asumir la convicción de que las intuiciones éticas de cada cual producirán, sin necesidad de mecanismo consensual alguno, una fructífera con-vivencia. Esto parece difícil si no se parte de la fe ciega en una armonía pre-establecida que —paradójicamente— supondría la negación radical de todo disenso...

neralmente admitidas entre los juristas». Se traduciría en unas «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el Derecho sea reconocible», referido «al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas». El segundo camino remite a «los intereses jurídicamente protegidos»; lo esencial sería «aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos». Termina considerando ambos caminos como «complementarios», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981 (2), págs. 93 y 94.

JAVIER MUGUERZA
Y OTROS AUTORES

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Edición preparada por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ



EDITORIAL DEBATE

Ilustración de portada: *Seis figuras femeninas*, Alexander Volkov, 1918

Primera edición: mayo 1989

En la publicación de este libro
ha colaborado Reunión Seguros
y Reaseguros (Grupo 86)

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© Instituto de Derechos Humanos, 1989
© Editorial Debate, S. A., Zurbano, 92, 28003 Madrid

ISBN.: 84-7444-337-7
Depósito Legal: M-14540-1989.

Compuesto en Imprimatur, S. A.
Impreso en Unigraf, Arroyomolinos, Móstoles (Madrid)

Impreso en España

Printed in Spain