

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG*

*Consenso y derecho**

En las líneas que siguen pretendo articular una reflexión en torno a algunos aspectos de la operatividad de la idea de consenso en relación con el derecho. Como es sabido, en la filosofía política y moral contemporánea, la alusión al consenso constituye un aspecto central de determinadas propuestas referidas a aspectos justificativos de las decisiones (HABERMAS, RAWLS); e incluso se ha recurrido a la negación del mismo –el disenso– para constituir la base de un discurso fundamentador de los derechos humanos (MUGUERZA). En muchas ocasiones, el recurso al consenso tiene el sentido de un ideal regulativo, que no necesariamente describe una determinada práctica social. No me voy a centrar tanto en estas dimensiones, como en aquellas referidas al consenso como situación fáctica. Así, en primer lugar, desarrollaré una reflexión en torno a la función que el consenso puede desarrollar en la articulación de un sistema jurídico. Posteriormente me referiré a algunas dimensiones problemáticas derivadas de la exigencia del consenso en las democracias constitucionales.

Pero, antes de continuar, parece conveniente efectuar una alusión al concepto de consenso que se utilizará en lo sucesivo. En este sentido, se hará referencia al acuerdo entre los miembros de una sociedad, relativo a principios, valores, normas considerados básicos en una sociedad¹. Parto de la asunción de que en toda sociedad es necesaria una dosis de compromiso, de acuerdo en relación con determinados aspectos básicos de la convivencia o en relación con el sentido en que se han de regular determinadas dimensiones esenciales de ella. Estos aspectos básicos pueden estar referidos a dimensiones procedimentales o también sustanciales. Sin embargo, como veremos a continuación, ese necesario consenso es compatible con la existencia de disensos y desacuerdos sobre aspectos también importantes. En todo caso, conviene recordar que el consenso no necesariamente asegura la corrección ética de la decisión.

* Universidad Carlos III de Madrid

* El presente artículo tiene su origen en una conferencia pronunciada en el Seminario “Generación de consensos en la edificación de las instituciones de la democracia”, celebrado en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, el 7 de febrero de 2006.

1 Vid. G. SANI, “Consenso”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, y G. PASQUINO (dirs.), *Dizionario di Politica*, Milán, TEA, 1990, pp. 206 y ss.

I. CONSENSO Y SISTEMA JURÍDICO

Tomaré como punto de partida ciertas afirmaciones de JEREMY WALDRON: “Las pretensiones del derecho –respecto de nuestra atención, respeto y obediencia– son las de un esquema existente (y en constante desarrollo) que ordena nuestras acciones e interacciones en circunstancias en las que discrepamos unos con otros acerca de cómo deberían estar ordenadas dichas acciones e interacciones [...] La autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversas cuestiones o de coordinar nuestro comportamiento en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, y que dicha necesidad no desaparece aunque tengamos desacuerdos acerca de cómo debería ser nuestro curso de acción común o el esquema a partir del que lo definimos”². Creo que las anteriores palabras permiten observar el juego que se establece entre el derecho, el acuerdo y la discrepancia, ya que subrayan la necesidad del consenso respecto de ciertas materias, de la misma manera que reconocen la operatividad del derecho en un contexto de desacuerdo o de falta de consenso. Nos sitúan, de esta manera, ante dos escenarios en los que podemos plantearnos la relación entre el derecho y el consenso. Por una parte, aquel en el que existe un determinado consenso o acuerdo respecto a ciertas cuestiones; por otra, aquel en el que el consenso no existe. Asumiré, en este sentido, que los sistemas jurídico-políticos democráticos se caracterizan por presentar unas mayores dosis de consenso (aunque sólo sea porque la participación y la necesidad de negociación constituyen rasgos estructurales de aquellos) que los no democráticos.

Para situar la operatividad de la idea de consenso en relación con la articulación de un sistema jurídico podemos partir de determinadas afirmaciones. En primer lugar, la caracterización del derecho como sistema normativo implica el problema de su origen. A no ser que se asuma una explicación referida a instancias trascendentes al sujeto y a los grupos en los que este se integra, podemos afirmar que el derecho tiene su origen en determinados hechos sociales,

2 J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, trad. de J. L. MARTÍ y A. QUIROGA, estudio preliminar de R. GARGARELLA y J. L. MARTÍ, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 14.

es el resultado de mecanismos sociales de producción. Junto a lo anterior, se puede señalar también que el derecho, como todo sistema normativo, no es neutro desde el punto de vista moral: incluye, por el contrario, un punto de vista sobre la justicia o, si se quiere, sobre la moralidad en términos generales. Evidentemente, la anterior afirmación no quiere significar –nos lo recuerda HART–, “que un sistema jurídico *tiene* que exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o *tiene que* apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo”³. Pero además, el derecho, como cualquier sistema normativo, se caracteriza por poseer una innata vocación de eficacia: las normas existen para ser cumplidas, pretenden condicionar de una manera efectiva los comportamientos de sus destinatarios, modulando así la realidad a través de la creación y organización de un determinado modelo de organización social. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, creo que es posible efectuar una reflexión sobre la función y la operatividad de la idea de consenso en cada uno de estos tres ámbitos: el referido a la producción del derecho, el que alude a su eficacia, y el que se refiere al punto de vista sobre la justicia o sobre la moralidad asumido.

A. La opción de un ordenamiento respecto de la creación de las normas tiene mucho que ver con las exigencias y con las condiciones de legitimidad del sistema desde el momento en que esta depende entre otras cosas de las estrategias de producción del derecho, en lo que se refiere tanto a los procedimientos (participativos o no) como a los contenidos⁴. En este punto se puede observar que no todos los ordenamientos jurídicos asumen los mismos criterios. Esto se puede notar si consideramos la distinción entre un sistema jurídico democrático y otro no democrático.

En todo caso, y antes de entrar en las diferencias, si hay algo que comparten los sistemas jurídicos no democráticos y los democráticos en lo que concierne a la producción de normas es precisamente el hecho de que en ambos casos el derecho, las normas jurídicas, son el resultado de decisiones tomadas por el

3 H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 229.

4 Vid. E. DÍAZ, “Respeto a la ley”, en P. CEREZO GALÁN (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, pp. 229 y ss.

poder político. Estamos ante un dato estructural del derecho, que no depende del origen democrático o no del mismo. El origen y los contenidos derivados de la decisión del poder político condicionarán posteriormente el juicio moral sobre el ordenamiento. En lo que a las diferencias se refiere, podemos pensar en la desigual articulación de los mecanismos de toma de decisiones colectivas. Lo que caracteriza a los sistemas democráticos en este punto es el carácter participado de esos mecanismos y procesos. Es cierto que el principio de las mayorías ocupa un lugar importante en las estrategias democráticas de adopción de decisiones. Sin embargo, el principio de las mayorías no satisface totalmente las exigencias democráticas, desde el momento en que puede tener una operatividad plena en condiciones de restricción de la participación. Por eso, la democracia implica la operatividad de la regla de las mayorías, pero en un contexto participativo definido por el sufragio universal. Ello implica no confundir la cuestión de *quiénes* gobiernan con la referida a *cómo* se gobierna⁵.

Así las cosas, el consenso, en referencia a la producción de normas, es una posibilidad –alguien podría pensar en una meta a alcanzar, un objetivo– pero no una necesidad. El consenso no es necesario para la creación de un sistema jurídico, no lo es para la creación de sus normas, para la toma de decisiones en su interior. El carácter necesario del consenso estará más o menos justificado en función de la materia en la que estemos pensando. Parece evidente que, al menos en una sociedad democrática, el consenso parece exigible en relación con aspectos básicos del modelo de organización, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material. Pero los casos en los que se adoptan decisiones jurídicas sin consenso no son anormales, incluso en contextos democráticos.

B. El derecho es, además, un sistema normativo con vocación de eficacia. Es decir, las normas existen para ser cumplidas. Evidentemente, la eficacia de un sistema jurídico considerado en su conjunto –o de las normas que lo integran– depende de múltiples factores, que van desde el contenido del sistema a la percepción que los destinatarios tienen del mismo, y en cuyo análisis

5 Vid. BOBBIO, “La regola di maggioranza: limiti e aporie”, en *ÍD.*, *Teoria generale della politica*, Turín, Einaudi, 1999, p. 384.

pormenorizado no podemos detenernos. En todo caso, el consenso que el contenido del ordenamiento sea capaz de generar y el consenso que se haya podido producir en el momento de formación de la decisión son elementos relevantes en lo que a la eficacia de la norma se refiere.

La eficacia del derecho, y del poder que se encuentra tras él y se manifiesta mediante él, puede entenderse como el resultado de una relación inversamente proporcional entre la fuerza y el consenso⁶. En efecto, la eficacia de una norma en relación con la cual existe consenso posiblemente no vaya a exigir la materialización de grandes dosis de fuerza o de ejercicio de la violencia. Por el contrario, esa materialización sí que va a ser necesaria en aquellas situaciones en las que el acuerdo, el consenso, no exista respecto de las normas cuya imposición o cumplimiento se pretende, ya sea porque a los ciudadanos no se les ha permitido participar en el proceso de creación de esas normas, o porque —relacionado con lo anterior— no existe acuerdo respecto de los contenidos de las normas (que pueden violar, por ejemplo, derechos fundamentales o principios morales básicos). Sabemos que el eficaz funcionamiento de un sistema jurídico referido a los índices de cumplimiento y eficacia no es una exclusiva de los sistemas jurídicos democráticos. También las dictaduras logran un acatamiento generalizado del sistema, aunque para ello sea necesario amenazar de manera cotidiana con el ejercicio de grandes dosis de fuerza y violencia.

En todo caso, interesa subrayar aquí que el consenso en relación con un determinado ordenamiento jurídico puede ser el fruto de la participación. Si bien la aceptación de un Ordenamiento puede ser el resultado del acuerdo con el contenido de las normas, la participación contribuye a sentar las bases de la aceptación y por lo tanto, de manera derivada, de la eficacia del sistema.

C. El hecho de que todo ordenamiento jurídico asuma un determinado punto de vista sobre la moralidad es una directa consecuencia de su carácter normativo. En efecto, la normatividad del derecho implica que el mundo que le es propio es el del deber ser, el de la regulación de las conductas y no el de la descripción de lo que ya existe. Dicha regulación en ningún caso es

6 Vid. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. de E. ROZO ACUÑA, Madrid, Debate, 1991, p. 137.

neutral, aséptica –no lo puede ser, por otra parte–, sino que se lleva a cabo de acuerdo con determinados criterios, que en última instancia se reconducen a una determinada concepción sobre lo correcto o incorrecto desde el punto de vista axiológico⁷. Pero del hecho de que en un ordenamiento jurídico se asuma una determinada concepción sobre la moralidad no debe desprenderse necesariamente que esa concepción sea a su vez expresión de un consenso o de un acuerdo. Los sistemas dictatoriales se caracterizan entre otras cosas por apoyarse en determinadas concepciones de la justicia no consensuadas.

II. CONSENSO Y SISTEMA JURÍDICO DEMOCRÁTICO

A la vista de lo anterior, si el consenso no es un requisito específico del derecho, considerado en sus dimensiones normativas, fácticas y valorativas, cabe plantearse la cuestión sobre la operatividad del consenso, del acuerdo, en el marco de un sistema jurídico. ¿Qué sentido tiene entonces seguir hablando del consenso en relación con el derecho? En este punto creo que es pertinente diferenciar de manera neta el discurso que sobre el consenso y el acuerdo se puede desarrollar en relación con un sistema jurídico del que se puede desarrollar respecto de un sistema jurídico democrático.

Es en el marco no democrático donde el derecho presenta de manera más descarnada su naturaleza coactiva y heterónoma. Heteronomía que se ve matizada en el escenario democrático como consecuencia de la puesta en marcha de mecanismos participativos a través de los cuales los individuos –ejerciendo derechos– adquieren protagonismo (si bien normalmente mediante mecanismos indirectos) en la adopción de las decisiones colectivas a las que ellos se van a ver sometidos. En democracia, el derecho gana en autonomía y pierde en heteronomía. Es sólo en relación con un derecho “tendencialmente” o “básicamente” autónomo respecto del cual tiene sentido plantearse la operatividad del consenso, del acuerdo, del compromiso. El consenso, el acuerdo,

7 Me he referido a esta cuestión en “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA GONZÁLEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 601 a 622.

el compromiso, adquieren sentido en el marco de contextos participativos y deliberativos, más allá de los cuales el derecho es pura imposición.

En realidad el consenso es un concepto que, si bien despliega efectos y consecuencias en el mundo del derecho, podríamos considerar que pertenece más al mundo de la política. Lo anterior no quiere decir que sea ajeno al mundo del derecho. El derecho no se puede entender desconectado de la política. Es, más bien, expresión de la política, el mecanismo normativo mediante el cual la política materializa sus decisiones. Es posiblemente en este punto en el que el derecho muestra de manera más evidente su relación con el Poder político y en el que se nos presenta como un sistema efectivo (al menos lo pretende ser) de organización social. El consenso al que se puede llegar en el mundo de la política se manifiesta por tanto en el derecho. Ciertamente a través de la Constitución, en un sistema democrático, se formalizará en sede jurídica la expresión más evidente de este consenso.

Más allá de los rasgos formales o estructurales, la “constitucionalización” del Ordenamiento implica determinadas consecuencias⁸. En este sentido: 1. la Constitución sienta los principios básicos del sistema, desde el punto de vista material y desde el punto de vista formal. 2. Además, la Constitución desarrolla determinadas funciones básicas. GREGORIO PECES-BARBA ha aludido en este orden de cosas a tres funciones: a. función de seguridad; b. función de justicia; c. función de legitimidad⁹. En los tres casos, el significado de la función viene determinado precisamente por determinadas cuestiones y por la respuesta a ellas. En el primer caso –función de seguridad– se trata de responder a las cuestiones ¿Quién manda? y ¿Cómo se manda? Así, la función de seguridad implica que la Constitución incluye determinados contenidos: la organización

8 Utilizo el concepto de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” de acuerdo con la propuesta de R. GUASTINI, que lo entiende como el “proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”: “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en M. CARBONELL (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

9 Vid. G. PECES-BARBA, “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna”, en G. PECES-BARBA y M. A. RAMIRO AVILÉS (eds.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 51 y ss.

de los poderes, sus funciones y competencias, y los procedimientos para su funcionamiento y para la toma de decisiones; las reglas del juego en relación con el acceso al poder y en cambio en el poder; las normas que juridifican la resistencia, incluyéndola en el sistema (sistema de recursos, derecho a la jurisdicción); mecanismos que reducen la arbitrariedad del poder a través del imperio de la ley y de la reacción frente a los abusos; normas de identificación de normas, que establecen los criterios de producción normativa (empezando por la reforma de la propia Constitución); y normas que regulan el uso de la fuerza. Como señala PECES-BARBA, “en su dimensión de justicia formal, la función de seguridad ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico”.

En el segundo caso –función de justicia– la cuestión formulada es ¿qué se manda? Aquí los derechos fundamentales ocupan una posición protagonista. La respuesta a la cuestión planteada permite identificar la opción moral asumida por el ordenamiento. En el constitucionalismo contemporáneo, esa opción moral, ese “punto de vista sobre la justicia”, es particular y exigente y se expresa en última instancia a través de los valores y derechos.

En el tercer caso –función de legitimidad– la cuestión es ¿Por qué se manda? PECES-BARBA vincula la satisfacción de esta función al correcto funcionamiento de las dos anteriores. El ejercicio de la función de legitimidad implica el reconocimiento del valor de la Constitución desde el momento en que contribuye a crear condiciones de seguridad y de justicia en el marco de las cuales los individuos puedan desarrollar sus planes de vida. De esta manera, al tiempo que la articulación de esas condiciones explica por qué se ejerce el Poder, también genera razones a favor de la obediencia a la Constitución. 3. Junto a lo anterior, la Constitución es expresión de una ética pública que, en un sistema democrático, requiere consenso. De ahí se deriva la importancia del consenso referido a la “configuración” de la Constitución. El consenso se refiere en este punto tanto a lo que se incluye en la Constitución como a la regulación de lo que se regula en ella. Estamos frente a la cuestión de lo incluido y de lo excluido del consenso que se expresa a través de la Constitución. 4. De la misma manera que debemos plantearnos el valor de la Constitución

como expresión de un consenso, podemos plantearnos también la cuestión de la ruptura del consenso reflejado en la Constitución y de las tensiones que se producen en un sistema político-jurídico cuando se rompe el consenso reflejado en la Constitución en relación con los contenidos y procedimientos; o cuando frente al consenso precedente se genera uno nuevo no coincidente con el anterior. En este caso nos podemos encontrar con el problema de que una Constitución dotada de determinados mecanismos de rigidez obstaculice una transformación, estando así dificultada la reforma por la propia Constitución. Estamos frente a la paradoja que se produce desde el momento en que por una parte, la Constitución exige (es expresión de) consenso y compromiso; pero por otra parte la Constitución puede dificultar, debido a la existencia de mecanismos de rigidez constitucional, la materialización de las consecuencias jurídicas de un nuevo consenso¹⁰.

III. LOS CONTENIDOS DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL

El discurso sobre la relación entre el consenso y el derecho varía en presencia de un ordenamiento jurídico democrático. Es precisamente en el contexto democrático donde adquiere sentido la afirmación de que la Constitución expresa un compromiso fruto del consenso, que a su vez es “la expresión más confiable de los valores vigentes en una determinada sociedad”¹¹. Y ese consenso es básico no sólo porque se refiere a aspectos o cuestiones básicas, sino también porque tiene un carácter esencial en relación con lo que podríamos considerar el funcionamiento básico del sistema. Es decir, se presenta como una condición de este, como una exigencia. Considérese que en un sistema democrático el funcionamiento del sistema tiene mucho que ver con el compromiso de la ciudadanía en relación con cuestiones nucleares.

El consenso o el compromiso constitucional son en realidad compromisos en relación con determinados procedimientos y también en relación con

¹⁰ Vid. V. FERRERES COMELLA, “Una defensa de la rigidez Constitucional”, en F. J. LAPORTA (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 327 y ss.

¹¹ E. GARZÓN VALDÉS, “Consenso, racionalidad y legitimidad”, en ÍD., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 459.

determinados contenidos. La identificación y fijación de esos contenidos constituyen auténticos retos para el sistema democrático. Esa fijación supone una determinada elección respecto al tratamiento de la libertad individual. Más bien, la mera intervención jurídica implica una decisión respecto de los ámbitos de actuación humana que los que incide el derecho. En todo caso, si la Constitución expresa un consenso en relación con determinadas materias, y si, al mismo tiempo, la regulación constitucional, como cualquier regulación jurídica, implica una intervención en la libertad, se trata entonces de establecer algún tipo de criterio a la hora de fijar el sentido de la regulación constitucional y la intensidad de la consecuente intervención. El liberalismo propone una intervención de mínimos y por tanto un acuerdo necesario en lo básico. En todo caso, la identificación de aquello que se considera básico es una cuestión importante, ya que en función de cómo se resuelva se puede ver afectada la libertad individual, configurándose un cierto modelo de organización social.

Lo básico es aquello respecto de lo cual las preferencias individuales no deben triunfar. Por lo tanto, lo básico hace referencia a cuestiones respecto de las cuales están justificadas las imposiciones y las restricciones a las preferencias individuales. En una sociedad liberal (apoyada en el principio de libertad) las restricciones deben ser las mínimas y estar justificadas. En todo caso, las restricciones son necesarias. La justificación de esta necesidad constituye un auténtico reto para el liberalismo. Como ha recordado GARZÓN VALDÉS, “el gran desafío teórico con el que se encuentra la teoría moral y política del liberalismo es cómo armonizar su suposición básica según la cual los individuos, en tanto seres autónomos, procuran formular sus planes de vida privilegiando la realización de sus propios intereses, con el establecimiento necesario de un orden social heterónomo que preserve esta autonomía”¹². La esfera de lo básico, es decir, aquello en relación con lo cual se exige consenso y que es, en tanto que básico, no negociable, debe ser la menor posible. Y ello no porque no sea deseable la extensión del acuerdo a un mayor número de cuestiones, sino porque en relación con esas cuestiones se restringe la capacidad de decisión.

¹² GARZÓN VALDÉS, “Hipocresía, simpatía y Estado de derecho”, *Claves de razón práctica*, n.º 101, abril de 2000, p. 10.

La solución a esta cuestión está en función de cómo afrontemos el problema de la justificación de imposiciones de limitaciones de libertad por parte del derecho y de cómo determinemos la medida deseable de la limitación de la libertad. Son cuestiones que tienen trascendencia tanto en el ámbito de la filosofía política como en el de la filosofía del derecho.

A la hora de plantear la justificación de la limitación de la libertad, debemos tener en cuenta, por un lado, la naturaleza normativa del derecho, de la que se deriva una necesaria dimensión restrictiva respecto de la libertad de los sujetos; por otro, el principio general de libertad. Nos estamos planteando, por tanto, consecuencias necesarias del carácter normativo del derecho, que implica que su función no tiene que ver con la descripción de una sociedad, sino con la regulación de esta mediante el establecimiento de modelos de comportamiento –las normas jurídicas–. El derecho no describe, sino que regula; lo anterior no es incompatible con el reconocimiento de la utilidad que tiene el conocimiento del derecho a la hora de la comprensión y de la caracterización de los rasgos culturales, económicos, sociales, políticos, ideológicos, básicos de un grupo social determinado. En este sentido, el derecho es un reflejo de los anteriores, que a la vez los aglutina.

La naturaleza normativa del derecho implica una necesaria restricción en la libertad de los sujetos cuyos comportamientos son regulados por las normas jurídicas. No obstante, esa restricción debe hacerse convivir con el principio general de libertad, mediante el establecimiento de un criterio que establezca que las restricciones sean las mínimas y que estén justificadas. JOHN STUART MILL propuso un principio general de libertad asociado en su significado y en su sentido al principio del daño. Así, la justificación de la intervención en la libertad individual deriva del imperativo de evitar un daño a terceros. Más allá, la intervención carece de justificación¹³.

¹³ Recordemos a MILL: “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por al cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos,

El carácter normativo del derecho se manifiesta de manera evidente en la regulación de los comportamientos, regulación que implica necesariamente la existencia de determinados referentes que constituyen los criterios a los que se recurre a la hora de efectuar dicha regulación. Estamos hablando de criterios que tienen operatividad en un discurso práctico, que es al fin y al cabo el que corresponde al derecho. Por el contrario la existencia de las normas implica la aplicación de alguno de los operadores deónticos –obligación, prohibición, permiso– a los comportamientos que constituyen el contenido de ellas. Y la aplicación de alguno de estos operadores implica la evaluación del comportamiento regulado de acuerdo con determinados criterios de corrección/incorrección que, situados como estamos en el ámbito práctico, al final lo son de corrección/incorrección moral. No quiere decirse con ello que los comportamientos regulados por las normas jurídicas no lo puedan ser también de acuerdo con criterios diferentes, de oportunidad, de prudencia. Pero en todo caso, y con independencia de que considere o no que la valoración moral

porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que el concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”, J. S. MILL, *Sobre la libertad*, trad. de PABLO DE AZCÁRATE, Madrid, Alianza, 1986, pp. 65 y 66. La limitación del principio de libertad se justifica desde el momento en que se pretende evitar la lesión de la autonomía y la libertad de terceros. El principio del daño descansa sobre la tesis según la cual hay que defender la libertad y la autonomía individual frente a las intervenciones que la afectan de manera injustificada. Y ello porque hay casos en los que la autonomía puede verse reducida de manera seria como consecuencia de determinadas acciones llevadas a cabo por sujetos distintos a aquellos de los que se predica autonomía. Consecuentemente con lo anterior, creo que se podría afirmar, si de lo que se trata es de garantizar la autonomía, que también está justificada la intervención a la hora de garantizar el acceso o disfrute a determinados bienes o posiciones sin las cuales no es posible hablar de autonomía de ciertos sujetos. Pero esta es una cuestión referida a la justificación de las intervenciones tendentes a garantizar derechos de prestación, en la que no me puedo detener aquí.

es más relevante que las valoraciones de otro tipo, lo cierto es que la regulación de los comportamientos de acuerdo con criterios normativos siempre implica valoración de los mismos.

La valoración por tanto niega la neutralidad axiológica del derecho. La existencia de un ordenamiento jurídico implica que al derecho no le es indiferente regular unos determinados comportamientos y no otros; y además, que el sentido de esa regulación tampoco es indiferente para el derecho. Así, la regulación jurídica, su carácter normativo implica de manera necesaria la expresión de planteamientos morales (con independencia del juicio que estos nos merezcan). Estos planteamientos van a tener su asiento último en la Constitución. Lo anterior es una consecuencia de principio de jerarquía en los sistemas normativos, que también juega un papel importante en los sistemas normativos morales. En este momento podemos recordar que cuando hablamos de la Constitución no estamos hablando de cualquier norma, sino de una norma vinculante, expresión de la obligatoriedad jurídica, lo cual tiene una directa trascendencia en lo que a la imposición de determinados planteamientos morales —aquellos incluidos en las normas constitucionales— se refiere.

El problema al que hemos arribado es el de lo que podríamos denominar “la extensión” de los planteamientos sustanciales o materiales de la Constitución, aquellos que son expresión de la opción sobre lo bueno y lo malo asumida en la Constitución —y, a través de ella, por el sistema político en su conjunto— y que aunque no se identifica con las dimensiones más evidentemente procedimentales u organizativas de la Constitución, pueden guardar relación con ellas o incluso llegar a dotarlas de sentido. No me detengo aquí en la cuestión del análisis del valor de los procedimientos como expresión de valores sustantivos relevantes como pueden ser el de igualdad, imparcialidad, objetividad, etc.

En todo caso, la cuestión que nos estamos planteando es la de cuánto de básicos han de tener los contenidos sustanciales o materiales de la Constitución. Hay una cuestión relevante que debe ser tenida en cuenta cuando de lo que se trata es de establecer los criterios básicos que desde el punto de vista material impone la Constitución. La cuestión es la referida al tipo de sociedad que tenemos ante nosotros. En este sentido, cabe recordar que cualquier reflexión que no quiera situarse en el “cielo de los conceptos jurídicos” no

debería perder de vista nunca el escenario en el cual el derecho debe llevar a cabo sus funciones básicas: las sociedades humanas.

Pues bien, nuestras sociedades son complejas y plurales desde el punto de vista axiológico, en un movimiento tendencialmente contrario al de la globalización, que en muchas ocasiones en las que puede ser compleja la identificación de elementos morales compartidos. La complejidad y pluralidad que caracteriza hoy a las sociedades liberales y abiertas –entendiendo por tales aquellas que se caracterizan por la no imposición de credos morales e ideológicos únicos y excluyentes– no es una invitación al relajamiento intelectual que puede conducir al “todo vale”, sino un acicate respecto del esfuerzo en la identificación de los límites frente al “todo vale”.

Esos límites, que son los asumidos por la Constitución, constituyen el límite de lo posible desde un punto de vista jurídico. En realidad estamos frente a la cuestión de la identificación de los ámbitos y contenidos de la ética pública y de la ética privada¹⁴. Propongo entender por ética pública la propuesta normativa común y compartida en un grupo –se puede entender por tanto que se esté pensando en una propuesta de mínimos– que constituye la plataforma necesaria a partir de la cual se pueden desarrollar en condiciones de igualdad y libertad las distintas propuestas particulares o individuales sobre el bien. Por lo tanto, cuando estamos hablando de ética pública, en un escenario democrático, estamos presuponiendo un consenso al menos en relación con dos cuestiones: en primer lugar respecto de los propios contenidos de la ética pública; en segundo lugar respecto de la autonomía de la que deben disfrutar las éticas privadas. Obsérvese que se está haciendo referencia a la “ética” pública y a las “éticas” privadas. Es esa ética pública la que exige consenso en democracia y la que presenta una importante capacidad de generación de estabilidad del sistema político¹⁵.

Pues bien, la Constitución es un elemento básico de la definición de la ética pública ya que constituye el ámbito en el que esta se inserta en el derecho. La Constitución incluye las dimensiones procedimentales de la ética pública y

¹⁴ Vid. PECES-BARBA, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

¹⁵ Vid. GARZÓN VALDÉS, “Consenso, racionalidad y legitimidad”, cit., p. 465.

también incluye la opción moral asumida por el sistema jurídico. Esa opción moral básica constituye un núcleo protegido en la Constitución, protegido por los mecanismos de protección propios de esta. Ciertamente, lo anterior no es una característica exclusiva de un sistema democrático, sino más bien la consecuencia del carácter jerárquicamente superior de la Constitución. En efecto, la protección de la que goza la Constitución —y de la que gozan por lo tanto sus contenidos—, es una exigencia de su específica posición en el sistema jurídico. Y en este sentido, no es casual que KELSEN extraiga como consecuencia directa de la articulación jerárquica del ordenamiento y de la superioridad de la Constitución el desarrollo de los mecanismos de control de constitucionalidad.

Sin embargo, aunque, como señalamos, la presencia de dimensiones protegidas en la Constitución no es privativa de los regímenes constitucionales, sí que nos podemos plantear la cuestión de las consecuencias y los problemas derivados de la existencia de un núcleo protegido en la Constitución en un sistema democrático. Como sabemos, estamos ante uno de los centros de reflexión del constitucionalismo contemporáneo. En efecto, dicha existencia es, por una parte, una necesidad (siempre y cuando se mantenga un concepto no exclusivamente formal de democracia); y por otra, un elemento que entra en tensión con las aspiraciones que puede tener la soberanía popular a la hora de ser libre tomando decisiones.

Las democracias constitucionales se caracterizan por la necesaria inclusión de derechos en sus constituciones, de acuerdo con el referente del artículo 16 de la Declaración de 1789. Estos derechos tienen una evidente dimensión restrictiva, frente a las decisiones del poder. Es aquí donde la dimensión limitativa de los derechos respecto al poder se muestra en toda su extensión. Evidentemente, lo anterior no es sino expresión del sentido limitativo del constitucionalismo contemporáneo, que supone una filosofía sobre los límites al poder, centrada en el carácter jurídico de esos límites, entre los cuales sobresale la Constitución como estrategia limitativa en cuyo marco los derechos se constituyen como una de las herramientas esenciales de la misma.

Estamos, por tanto, frente a un escenario, el de las democracias constitucionales, en el que la relación entre el derecho y el consenso adquiere perfiles propios y debe interpretarse a la luz de determinados rasgos. En primer lugar,

nuestras sociedades se caracterizan por alejarse –en lo que a componentes éticos se refiere– de un modelo monolítico y unidireccional. Como resultado de determinadas condiciones que no se reducen al mundo de las ideas, sino que también son expresión de determinados aspectos sociales y económicos, nuestros contextos sociales presentan una creciente complejidad ética, incluyendo componentes no siempre coincidentes y, en muchas ocasiones, contradictorios. Esa complejidad y diversidad –es el segundo aspecto que me gustaría destacar– no suspende la necesidad de identificar los mínimos morales compartidos, a los que me vengo refiriendo a lo largo de estas líneas, que, como compartidos, constituyen el núcleo del consenso imprescindible en un grupo social. En efecto, no suspende la necesidad, si bien es cierto que dificulta la identificación de esos contenidos. En todo caso, el lugar que el mundo del derecho asigna a esos mínimos consensuados es el de la Constitución. La ubicación constitucional de esos contenidos tiene consecuencias: el consenso se blinda a través de una protección jurídica específica y reforzada. La protección del contenido del consenso se presenta por tanto como un elemento básico de las democracias constitucionales. Pero al mismo tiempo plantea el problema de la viabilidad del disenso frente al consenso. En grupos sociales cuyo ritmo de transformación actual –no sólo económica o tecnológica, sino también cultural, ideológica o ética– era desconocido hace decenios, la posibilidad de que se genere un disenso frente al consenso protegido por el ordenamiento aumenta¹⁶. La capacidad del derecho de asumir lo que podríamos considerar la reformulación del consenso dependerá entre otras cosas de la mayor o menor flexibilidad de los mecanismos de protección constitucional y de la existencia del diseño institucional óptimo.

16 Sobre la justificación de las actitudes de disenso manifestadas por las minorías en los sistemas democráticos, vid. GARZÓN VALDÉS, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Isonomía*, 12, abril de 2000, pp. 7 y ss., en especial pp. 33 y 34.