

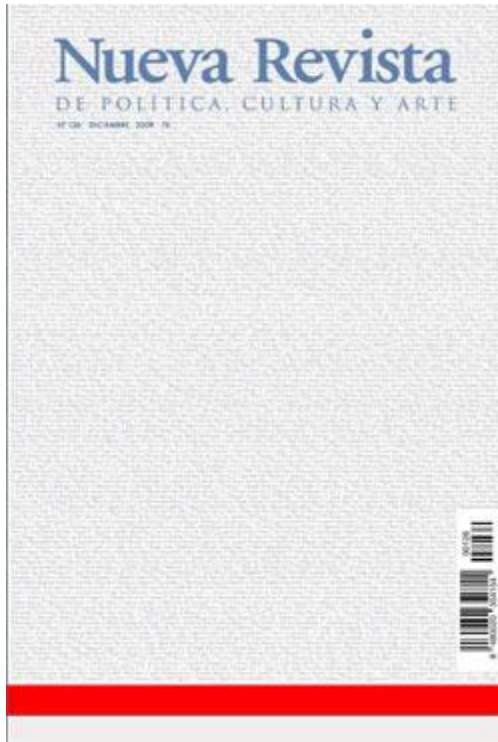
VEINTE AÑOS DESPUÉS

## Consenso o *modus vivendi*

### Reconciliación y memoria

ANDRÉS OLLERO

CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



Lo característico de nuestra Constitución fue, sin duda, el ambiente de consenso en que se forjó. Se trata de un hito histórico; dada nuestra nada positiva tradición sobre la perdurabilidad de las constituciones, precisamente por la ausencia de consenso.

Resulta por ello de interés plantearse qué sea *el consenso*, ya que puede haber más de una manera de entenderlo. Se habló ya de consenso como sucedáneo de un *iusnaturalismo* en crisis. Se trataba de sustituir el clásico fundamento metafísico y ontológico del derecho natural, estimando que con ponerse de acuerdo sobre determinadas cuestiones era suficiente. Cuando se elaboró la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Norberto Bobbio consideró que el problema del fundamento de los derechos humanos había dejado de revestir interés. Una vez que se estaba de acuerdo en los derechos,

lo importante era protegerlos y garantizarlos eficazmente. Maritain, que había intervenido en los trabajos, apuntó sin embargo que, de hecho, no se había producido tal consenso: se había llegado a un acuerdo con la condición de no preguntarse sobre el efectivo alcance de los derechos en cuestión.

John Rawls plantea una distinción muy interesante - en su libro *El liberalismo político*- entre consenso y *modus vivendi*. El consenso sería una categoría moral y tendría un contenido racional. Por el contrario, un *modus vivendi* reflejaría esa actitud de compromiso provisional que se adopta en un momento determinado, porque no cabe conseguir más. Pero con la idea de que cuando cambien las circunstancias se intentarán soluciones diversas. Esta distinción invita a preguntarse si la transición democrática española se fundó, como se ha dicho siempre, en un consenso o más bien fruto de un *modus vivendi*.

Una vez celebrados los veinticinco años de la Constitución comenzó a experimentarse un sorprendente afán por cambiarla; como si fuera ya demasiado longeva para lo que nuestra tradición histórica permite.

Inicialmente llegué a pensar que las minorías nacionalistas habrían adoptado más bien una actitud de *modus vivendi*; por lo pronto, obtuvieron *lo de las nacionalidades*, a la espera de acabar logrando por lo menos un federalismo asimétrico entre España, el País Vasco y Cataluña, más que un auténtico Estado de las autonomías. Ahora hay quien duda que todos los considerados partidos nacionales sigan considerándose vinculados por aquel consenso; puede que, en algún caso, se esté

rebajando el consenso de la transición democrática a un mortificante *modus vivendi* que algún partido habría tenido que soportar porque no podía hacer otra cosa, pero que ahora juzgaría obligado replantear en otros términos. La transición democrática no habría sido una prueba de mutua magnanimidad moral, sino más bien una especie de apaño para que luego vinieran otros -por lo visto, más patriotas y preparados- a poner las cosas donde realmente habría que haberlas puesto.

Es de notar que el mismo Rawls había escrito antes una *Teoría de la Justicia*, que intentaba fundamentar sobre bases posmetafísicas sin acogerse al utilitarismo pujante en los Estados Unidos. En el diseño de ese modelo teórico jugaba copia pieza fundamental lo que llamaba el *velo de la ignorancia*.

.... Para llegar a un modelo racional sería inicialmente necesario que los teóricos participantes en el acuerdo no supieran cuál era su papel real en la sociedad: sí de derechas o de izquierdas, si --ten nuestro caso- habrían ganado o perdido la guerra... Ignorando tales cuestiones, podrían lograr una *justicia como imparcialidad*, que llevara a identificar unas exigencias morales que en el ámbito público vincularan a todos.

El detalle me parece interesante, porque ahora se pretende poner en juego la llamada *memoria histórica*, como si uno de los defectos de la transición democrática hubiera sido precisamente su compromiso de olvido, su afán de reconciliación, generalizando el que durante años fue lema aparentemente magnánimo de los comunistas en el exilio, aunque ahora Santiago Carrillo -a fuerza de recordar- parezca haberlo olvidado. ¿Se trataba sólo de un estratégico *modus vivendi*? Se nos propone al parecer sustituir el velo de la ignorancia por la memoria histórica; una memoria selectiva, a ratos amnésica, que no contribuye a mantener el prestigio del consenso de la transición democrática, cuya herencia considero sería lamentable malgastar. Resultaría muy negativo reabrir cuestiones entonces consensuadas; valga de ejemplo el dilema reforma o ruptura. Se optó por un procedimiento reformista, con la convicción de que no impediría - en frase de mi paisano Alfonso Guerra- que a España no la reconociera ni su respetable madre. Ahora hay quien se empeña en dejar sentado retroactivamente que en realidad fueron otros los que ganaron una guerra que avergonzaba ya a mi generación. Parecen pedir prórroga cuando a nadie interesa ya cómo quedó aquel siniestro enfrentamiento. No digamos nada, por otra parte, del dilema monarquía o república; sólo nos faltaba meternos en esos jardines... Una vez que parece que el velo de la ignorancia no se va a respetar, todo empieza a convertirse en una auténtica ruleta rusa.

Se podría argumentar en todo caso que, a la hora de la verdad, el consenso de la transición democrática no pasaba de meramente negativo. En lo que entonces habría estado de acuerdo todo el mundo era en lo que no querían: no se quería otra guerra civil, no se quería volver a las andadas, no se podían volver a plantear los problemas que habían hecho fracasar a la República. En concreto, la existencia de unas Fuerzas Armadas subordinadas a los legítimos poderes del Estado; el logro de un modelo de Estado, el de las Autonomías, donde se respetara la diversidad, y no empeñarse en tropezar de nuevo con una absurda *cuestión religiosa*. Hubo en efecto un *consenso negativo* en torno a lo que no se quería.

No estoy de acuerdo, sin embargo, en estimar que eso resta sentido positivo a aquel consenso. De la Constitución se pueden tener dos ideas totalmente distintas: la propia de un *Estado liberal* y otra quizá expresiva de una irresistible querencia totalitaria.

Una Constitución es fundamentalmente un marco dentro del cual una sociedad se compromete a actuar. Así lo entendía Kelsen, inventor entre otras cosas del modelo de

Tribunal Constitucional que tenemos en España. Se trata de un órgano específico, ajeno a los tres poderes del Estado, que asumía un control de constitucionalidad caracterizado por Kelsen como *legislación negativa*. Su finalidad no era decir cómo debían resolverse los problemas, que para eso ya estaba el legislador estableciendo el derecho positivo, sino garantizar cómo no podrían resolverse. El legislador podría hacer las leyes como quisiera siempre que respetara el marco constitucional, vinculado hoy al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional puede a veces desesperar un poco al que lee sus sentencias, al detectarse problemas que no llega a abordar. Hace bien, porque su función no es pronunciarse sobre todo lo imaginable, sino hacerlo lo menos posible, lo indispensable. A esto se llama *principio de conservación de la norma*, con arreglo al cual el Tribunal Constitucional hace todo lo posible por conseguir que la norma que se está sometiendo a control pueda considerarse constitucional. De ahí que recurra a veces a las llamadas *sentencias interpretativas*, gracias a las que determinada norma puede considerarse constitucional siempre que se interprete de cierta manera y no de otra. Se comprueba pues que esa dimensión aparentemente negativa del consenso no hacía otra cosa que anticipar el sentido propio de la inminente Constitución.

Hay otra manera de entender la Constitución, que es la típica de sistemas *de democracia militante*. Se entiende en estos casos la Constitución como un modelo preciso de obligado desarrollo. Puede no rimar mucho con el artículo 1.1 de nuestra Constitución, que ya en la primera línea de su texto articulado presenta como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico al pluralismo político; en consecuencia, lo que la Constitución contiene, se puede y se debe desarrollar de una manera plural. No todo el mundo piensa así. Hay quienes parecen considerarse propietarios *de un presunto ideario constitucional*. Eso explica la polémica suscitada con la imposición de la *Educación para la ciudadanía*.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, por ejemplo, asegura ser capaz de localizar un *espacio ético común* que vincularía a todos los ciudadanos y que sería el reflejo de los valores constitucionales. Se trata de un argumento apabullante, porque ¿quién está en contra de la Constitución?, ¿quién va a estar contra los valores constitucionales?, ¿qué problema se plantea porque a un tierno infante le expliquen la Constitución? Visto así, el discrepante queda bastante desarmado. Pero si el discrepante ha leído a Ronald Dworkin -que no parece ser libro de cabecera de más de uno- constatará lo que un notorio exponente de la izquierda norteamericana, muy vinculado a Rawls, recuerda al analizar la jurisprudencia constitucional norteamericana. Por una parte, las constituciones apelan a conceptos (igualdad, libertad, justicia, pluralismo político, etc.) con los que es fácil que esté todo el mundo de acuerdo. Yo he sido durante más de diecisiete años diputado del Congreso y allí siempre coincidí con colegas de todos los grupos en el respeto a los valores constitucionales básicos; ahora bien, en sus proyecciones concretas no hemos estado de acuerdo las más de las veces en nada; se practica el pluralismo...

Dworkin decía, por otra parte, que un *concepto* cobra contenido preciso cuando se convierte en *concepción*. Se puede estar de acuerdo en la relevancia del concepto de libertad pero sosteniendo una concepción de la libertad distinta de la que tiene el de enfrente; es muy bueno que sea así. Lo mismo ocurre con la igualdad u otros conceptos. Sin concepciones no hay conceptos; es imposible explicar los conceptos constitucionales españoles sin dar paso a una concepción, probablemente inconfesada, y por tanto a un inevitable adoctrinamiento. La Constitución garantiza por eso que sean los padres los que la elijan, porque la educación incluye un inevitable adoctrinamiento a determinadas edades. El asunto es pues si se va a garantizar o no, como dice la Constitución, esa libre

elección de los padres, o se les va a imponer una concepción determinada disfrazada por decreto de *espacio ético común*.

El dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la ley ampliadora del aborto, ahora en tramitación, no deja de constituir una pieza realmente asombrosa. Se plantea, entre otras, una cuestión de la que sólo ahora comienza a hablarse. El capítulo dedicado a *educación sexual*. A propósito de él se recordará que el artículo 27.3 de la Constitución garantiza a los padres que la enseñanza moral y religiosa que reciban sus hijos responderá a sus preferencias. Interpreta, no obstante, que esto significa que en la escuela se dará a todos una determinada educación sexual, que luego los padres podrán *complementar*. O sea, que no se va a prohibir, por lo visto, que los padres puedan en su casa hablar con sus hijos de moral. ¡Qué alivio!

Para justificar tan ocurrente doctrina, da por hecho que la educación sexual en la *escuela será objetiva y científica*. No sé cómo podrá lograrse tan ambicioso objetivo. Se pueden explicar científicamente los órganos genitales, cómo cabe realizar la cópula o las consecuencias fisiológicas previsibles. La educación, sin embargo, no tiene una función puramente descriptiva, sino que consiste en comprender el sentido de algo; el sentido de una relación sexual no lo explica ninguna ciencia que yo conozca, porque es una cuestión moral. El profesor de turno, convencido quizá de que con la ciencia va a aclararlo todo, acabará --me temo que de una manera inconfesada-- explicando qué sentido atribuye él a ese tipo de relaciones; se acabaron los *conceptos* científicos: cada cual echará obligadamente mano de sus *concepciones*. La Constitución puede acabar convertida en papel mojado.

Comprendo que la *rigidez* no es un término que hoy día suene muy bien. Pero el Tribunal Constitucional existe para garantizar esa rigidez. Vuelvo a John Rawls. Hay, a su juicio, tres exigencias para lograr un consenso constitucional estable. En primer lugar, la necesidad de fijar de una vez por todas el contenido de determinados derechos y libertades básicos y de conferirles una primacía especial. Con ello se los retira de la agenda política y no cabe ya supeditarlos a un cálculo de intereses. Quedan así, al margen de todo *modus vivendi*, fijadas clara y firmemente las reglas de la contienda política. La negativa a retirar de la agenda esos asuntos perpetuaría, piensa, las profundas divisiones latentes en la sociedad, generando una propensión a revivir esos antagonismos con la esperanza de obtener una posición más favorable en caso de que las circunstancias venideras se mostraran propicias. Se estaría abriendo así la caja de los truenos. Lo que el consenso constitucional pretendía lograr, aunque evidentemente no lo lograra del todo, era evitar que se convirtiera en eterna la discusión sobre tales cuestiones. □

---

Publicado en NUEVA REVISTA, nº 126, DICIEMBRE 2009.

El autor nos lo envía a nuestra redacción, Arvo.net, el 14 de enero de 2010, unido a esta nota: "Con Antonio Fontán en el recuerdo...". **Antonio Fontán**, ha fallecido esta madrugada en Madrid a los 86 años. Fontán fue el primer presidente del Senado de la democracia en España. Impulsor de la libertad de expresión en España, durante la dictadura de Franco fue el editor del principal diario opositor, «Madrid», hasta que éste fue clausurado por las fuerzas franquistas. En la actualidad presidía la Fundación Diario Madrid. La prensa de todo el país se hace eco de la dolorosa noticia. José María de Areilza le llama "El último gigante".