

Gregorio Peces-Barba Martínez*

Ética, política y Derecho: El paradigma de la modernidad

1. Introducción

Una de las semillas más constantes que a través de la escritura han suscitado en lectores con su propio bagaje intelectual, aportaciones también escritas, que han ido aflorando nuevas semillas y configurando la cultura de la humanidad, es la atinente al destino del hombre, a su felicidad, al sentido de su vida. Muchas veces, también esa reflexión ha aparecido inseparable de la inevitable vida social, en la que necesariamente se desarrolla el ser del hombre desde que nace y hasta que muere. La ingente acumulación de obras mayores y menores, originales y escolásticas, desmienten la esterilidad del tema y también esa tradición que recoge La Bruyère de que todo está dicho, porque desde hace miles de años hay hombres que piensan¹. Al menos este constante florecer de reflexiones escritas, ensayos, tragedias, diálogos, tratados, novelas o cuentos, desde todas las tradiciones filosóficas y culturales sobre la ética, sobre el poder y sobre el Derecho, realidades decisivas e inseparables del destino personal de cada uno, aunque distintas de este, desmiente la ligera afirmación de que la tradición filosófica europea es una serie de notas a pie de página al pensamiento de Platón. Es una gigantesca memoria colectiva que a cada lector vivo le ofrece nuevas posibilidades de creación, y que a cada momento histórico le permite interpretar un punto de vista sobre ese acervo acumulado.

* *Doctor en laude.*

*Catedrático de
Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la
Facultad de Derecho
de la Universidad
Complutense de
Madrid y de la
Universidad
Carlos III.
Ex diputado en las
Cortes Generales y
ex presidente del
Congreso de los
Diputados de España.*

Discurso de recepción pronunciado por el autor con motivo de su incorporación como académico de número a la Real Academia en Ciencias Morales y Políticas de España (Madrid, 1993).

- 1 *Vid. Les caractères, on les mœurs de ce siècle.* Classiques Garnier. Bordas. París 1990, en el primer capítulo *Des ouvrages de l'esprit* núm. 1, pág. 67. La reciente obra de Emilio Lledó, *El surco del tiempo. Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y la memoria* (Ed. Crítica, Barcelona, 1992), insiste mucho en esa idea partiendo de unas reflexiones de Sócrates en el Fedro de Platón:

"La escritura se proyecta hacia otro tiempo que aquel en el que surge. Las letras adquieren así una misteriosa cualidad. Escritas desde el concreto y motivado presente de un autor y emergiendo de su pasado, se dirigen al impreciso horizonte del futuro en el que, tal vez, encuentre lector y respuesta... Al moverse la escritura hacia un impreciso futuro se afirma, sin embargo como memoria, se convierte en memoria... La escritura expresa, por consiguiente, esa ampliación del tiempo, que, al proyectarse hacia el futuro, crea pasado. En esta ambivalencia se supera la instantánea constitución de los presentes que quedan, en cierto sentido, recogidos y organizados en esa línea de escritura que el lector, desde su tiempo ya, va a recoger y a repetir... Una inmortalidad que consiste en la no quebrada cadena de una siembra donde la mente asimila y transmite la sustancia del pensar. Por ello la inmortalidad aparece desde esa nueva fórmula de preexistencia que es la cultura..."

Desde Platón y Aristóteles, Cicerón y Séneca, pasando por Tomás de Aquino, Maquiavelo, Montaigne, Spinoza, Tomasio, Hume, Rousseau, Kant, Louis Blanc y los austromarxistas, Maritain, Habermas, Apel, Passerin d'Entreves, Nino, Garzón Valdés, Hart, Bobbio, Rawls, Dworkin y Nagel, entre otros muchos, la problemática de la moral, del poder (la política) y el Derecho son aspectos centrales de su pensamiento con múltiples interdependencias, tensiones y negaciones, que han mantenido una memoria viva de nuestro tema. En España desde Vives, Vitoria, Suárez, Bartolomé de las Casas, hasta autores actuales como Aranguren, González Vicen, Elías Díaz, Javier Muguerza, Victoria Camps, Eusebio Fernández, Esperanza Guisán, Adela Cortina, Rubio Carracedo o Francisco Laporta, pasando por Balmes, Giner de los Ríos, Ortega o Fernando de los Ríos, entre otros muchos, también han plantado semillas, con sus palabras escritas. Esta misma aportación que pretendo hacer, y esta enumeración de autores es buena prueba de ello, es signo de la fertilidad de toda la reflexión en la cultura humana, pero también de mis limitaciones y lagunas. Sólo un lector hércules podría abarcarlas todas, y podría tener un criterio sobre la totalidad de lo producido, pero es evidentemente una creación de la mente, un ente de ficción².

Siempre y necesariamente cualquier lectura en un momento histórico es necesariamente incompleta, igual que la escritura que salga de ella, pero con esos mimbres se construye la memoria que forma la cultura, en este caso la cultura jurídica y política.

La literatura que es un espejo de las vivencias, ideas y creencias de cada época expresa igualmente la importancia de la ética, la política y el Derecho, con muchos argumentos, que abordan de muy diversas formas la relación, desde Sófocles a Sartre y Camus, pasando por Dante, Shakespeare, Calderón, Racine, Corneille, Balzac, Vigny, Víctor Hugo, Pérez Galdós, por citar sólo algunos de los que personalmente mejor conozco.

En todo caso, en la forma de tratar el tema son más frecuentes los dualismos que relacionan ética y política, ética y Derecho o Derecho y Política, que suelen sucumbir a tentaciones reduccionistas, y que no presentan un panorama suficiente. Así, en la relación entre ética y política podemos encontrarnos con la supremacía de la ética, que es una constante en el pensamiento clásico

2 Un buen panorama sobre el tema en la actualidad, con muchas sugerencias y mucha información se puede obtener de la lectura de la obra del profesor Eusebio Fernández, con el que no siempre coincido. Así *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate. Madrid, 1984; *La obediencia al Derecho*. Civitas. Madrid, 1987; *Estudio de ética jurídica*. Debate. Madrid, 1990. Por cierto, que es uno de los pocos que abordan el problema desde sus tres dimensiones en esos trabajos y de manera muy explícita en su artículo "Ética, Derecho, política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?". *Documentación Social* núm. 83, págs. 51 y siguientes. Madrid, abril-junio 1991. Es también un buen panorama del problema del trabajo del profesor Francisco Laporta: "Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo" en *Historia de la ética*, t. IV, dirigido por Victoria Camps. Crítica. Barcelona, 1989, págs. 221 y siguientes.

(Sócrates, Platón y Aristóteles)³ o con la supremacía de la política. (Maquiavelo, los autores de la razón de Estado, o Maurras)⁴. En la relación ética y Derecho aparece la reducción iusnaturalista clásica (supremacía de la ética sobre el Derecho. Santo Tomás)⁵ y la positivista (supremacía del Derecho positivo sobre la moralidad, en forma de positivismo ideológico, donde lo jurídico es además justo, Hobbes)⁶. Por fin, en la relación entre Derecho y política, Kelsen⁷ es una figura muy representativa del reduccionismo jurídicista (supremacía del Derecho sobre la política) y Carl Schmitt del reduccionismo decisionista (supremacía de la política sobre el Derecho)⁸.

Sin embargo, el análisis conjunto es más fructífero. Es el ámbito propio de las doctrinas contractualistas. Con el precedente del humanismo jurídico, a su vez impulsado por la recepción del pensamiento estoico en el tránsito a la modernidad, el iusnaturalismo racionalista no se sitúa en el dualismo, ética y Derecho, del iusnaturalismo clásico, sino en el primer intento de comprensión de la trilogía, aunque la moralidad es para él derechos naturales. Así éstos, giro subjetivista frente al objetivismo medieval del Orden natural, para ser eficaces, necesitan una sociedad con poder político, que a través de su Derecho los actúe por medio de órganos y procedimientos de implantación neutral (heterotutela), apoyados por el aparato coactivo del Estado. Impulsado por el individualismo, el racionalismo y la secularización confluirá en la Ilustración, con elementos parciales de Rousseau y sobre todo de Kant, y se prolongará con las tres ideologías que perfilan el modelo: la liberal, la democrática y la socialista.

La consideración trilateral –ética, política y Derecho– impide o al menos dificulta los reduccionismos y permite una construcción racional de la situación del hombre en la vida social, teniendo en cuenta todos los elementos, morales, políticos y jurídicos enraizados en un antropocentrismo laico, que es el paradigma de la modernidad.

En este punto de vista además la complejidad del análisis se puede suavizar, si se considera al poder y al Derecho como dos caras de la misma realidad, en la perspectiva de Hermann Heller⁹. Así, una determinada moralidad pública que

- 3 Vid. De Platón: *Las leyes*. Edición de Pabón y Fernández-Galiano. Dos tomos. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2ª ed., 1983, y *La república*, edición de Pabón y Fernández-Galiano, tres tomos. Centro de Estudios Constitucionales. 1ª ed., Madrid, 1949. De Aristóteles, especialmente *Ética nicomaquea*. Traducción y notas de Julio Pallé. Introducción de Emilio Uledó. Gredos. Madrid, 1985. Vid. asimismo Carlos García Gual: "La Grecia antigua", en *Historia de la teoría política*, dirigida por F. Vallespín. Alianza Editorial. Madrid, 1990. Asimismo Emilio Uledó "Aristóteles y la ética de la polis", en *Historia de la ética*, dirigida por Victoria Camps, t. I. Crítica. Barcelona, 1987.
- 4 Vid. De Maquiavelo: *El príncipe*, edición castellana de M. A. Granada. Alianza Editorial. Madrid, 1982. Sobre los autores de la razón de Estado Meinecke: *La idea de la razón de estado en la edad moderna*, trad. de E. González Viscn. Estudio preliminar de Luis Díaz del Corral. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1959. Sobre Maurras, vid. A. Dansette: *Histoire religieuse de la France contemporaine*. Flammarion. Paris, 1965. También Jacques Maritain: *Une opinion sur Charles Maurras et le devoir des catholiques*. Plon. Paris, 1926.
- 5 Vid. Suma Teológica. *Tratado de la Ley. Tratado de la justicia*, trad. y estudio introductorio de Carlos I. González. S. J. Porrúa. México, 1981.
- 6 Vid. *Leviatán*. Edición de Carlos Mellizo. Alianza Editorial. Madrid, 1989.
- 7 Vid. Kelsen: *Teoría pura del Derecho*. Edición castellana de Roberto Vernengo. Editora Nacional. México, 1979.
- 8 Vid. Carl Schmitt: "Politische theologie", en *Estudios Políticos*. Doncel. Madrid, 1975. La primera edición alemana es de 1922 y la segunda de 1934.
- 9 Vid. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942. (Primera edición alemana. 1934.) Para su crítica a los modelos de Kelsen y Carl Schmitt vid. su obra de 1927, *Die souveränität*, consultada por mí en la versión italiana de Pasquale Pasquino: *La sovranità*. Arcana Imperii. Giuffrè. Milán, 1987.

no sea asumida por el poder y realizada desde un ordenamiento jurídico para facilitar la moralidad privada que cada individuo quiera asumir, será abstracta y esa moralidad privada no se podrá consumir con el solo esfuerzo de cada uno. La moralidad necesita un apoyo social, que sólo le puede proporcionar una cierta concepción del poder y del Derecho, que he llamado moralidad pública. A su vez una realidad del Derecho y la política que no tome en cuenta una dimensión moral, es decir, que no acepte que es necesaria una determinada concepción de lo público y de lo jurídico, para que el hombre pueda desarrollar su condición humana, será una realidad pragmática, basada en la razón de Estado, o incluso a veces en la pasión de Estado, con estrategias de fuerza y de sumisión.

El análisis que proponemos no expresa cualquier posible relación teórica entre ética, política y Derecho, sino el proyecto de la ilustración y de la modernidad, que desemboca en el Estado social y Democrático de Derecho. Esta reconstrucción abarca ese modelo, y lo hace como un paradigma teórico, racional. Los modelos históricos, falibles e imperfectos podrán ser valorados desde él y criticados desde él. Se presenta como un edificio armónico, que integra a posiciones parciales en una síntesis. En la realidad la aproximación se hace con tensiones y con retrocesos, como han sido los regímenes totalitarios y autoritarios de este siglo. No pretende reflejar la realidad, ni su evolución histórica, sino ser núcleo de racionalidad que expresa las dimensiones de una ética pública, la de la modernidad y sus exigencias para el poder y el Derecho. Por otra parte, como paradigma armónico procedimental, su función consiste en regular racional y pacíficamente las tensiones que derivan de los conflictos reales de intereses y de las plurales propuestas de planes de vida que son posibles sólo y precisamente en este modelo de ética pública.

La necesidad de la trilogía y su especial forma de comunicación en este modelo deriva de una determinada comprensión de la condición humana y de la convivencia social que se da en el tipo cuya construcción pretendemos¹⁰.

10 Esta comprensión aparece de manera muy amplia en la cultura occidental a partir de Platón. Dos expresiones relevantes las encontramos en Hume y actualmente en Hart.

En la *Investigación sobre los principios de la moral*, Hume, en la sección tercera *De la justicia*. Parte 1, tras describir una sociedad, con una situación de abundancia donde "...todo individuo se encontrase completamente provisto de todo lo que su apetito más voraz pueda necesitar o de todo lo que su lujuriosa imaginación quiera o desee" indica que "parece evidente que en un estado tal de felicidad... jamás se hubiera sonado alguna vez, en la causa, celosa virtud de la justicia. ¿Qué objeto tendría hacer un reparto de bienes donde cada uno tiene ya más de lo necesario? ¿Por qué habría de surgir la propiedad, donde no fuera posible ningún daño? ¿Por qué llamar mío a este objeto, cuando, en caso de poseerlo otro, me bastaría extender la mano para poseer yo mismo lo que es igual de valioso? En ese caso, la justicia, al resultar totalmente inútil, constituiría un vano ceremonial y posiblemente nunca llegaría a tener un sitio en el catálogo de las virtudes". (En la edición castellana de Dalmacio Negro Pavón: *De la moral y otros escritos*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982, págs. 20 y 21.) Más adelante señala Hume "...Supongamos nuevamente que a pesar de que las necesidades de la raza humana sigan siendo las mismas que en la actualidad, sin embargo se hubiese abierto tanto y estuviera tan repleto de amistad y generosidad, el espíritu, que cada hombre tuviese la mayor ternura posible respecto a los demás, de manera que no sintiese más preocupación por propio interés que por el de sus compañeros; parece evidente que en ese caso, debido a una benevolencia tan amplia, quedaría en suspenso el uso de la justicia y que no se llegaría a pensar nunca en divisiones y barreras de propiedades y obligaciones..." (pág. 22). *A contrario sensu* se deduce la necesidad del Derecho y de esa manera lo fórmula Hart con su idea del contenido mínimo del Derecho natural, reformulación corregida de las reflexiones de Hume y que es en realidad una forma de justificar la existencia misma del poder y del Derecho, sobre la constatación de la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y comprensión y fuerza de voluntad limitadas, lo que supone entre otras cosas también una cierta forma de propiedad aunque no de propiedad privada. *Vid. El concepto de Derecho*. Edición castellana de Genaro Carrío en Abeledo Perrot. Buenos Aires, reimpresión de la 2ª edición 1968, págs. 239 y siguientes. Por cierto que Hume, como es sabido, no es contractualista, sino más bien muy crítico con esa construcción. *Vid. "Del contrato original"*, en *Ensayos políticos*, edición de Josep M. Colomer (traducción de César Armando Gómez). Tecnos. Madrid, 1987, págs. 97 y siguientes.

- a) Una escasez de bienes, de propiedades y de riquezas, que exige una distribución de los mismos con arreglo a criterios que eviten la violencia de unos contra otros, si predomina exclusivamente el criterio egoísta. Estos criterios morales asumidos por el poder y reflejados en el Derecho suponen un cierto consenso sobre los mismos.
- b) Un altruismo incompleto, o una tendencia al egoísmo, que lleva a contemplar los problemas de los otros desde una búsqueda del propio beneficio y utilidad, hasta que se encuentra una barrera y un límite.
- c) Un criterio superior, por encima del de los miembros de la sociedad en la organización de bienes, propiedades y riquezas que evite la autotutela que engendra violencia y establezca reglas de heterotutela, basadas en el monopolio, en el uso de la fuerza legítima y en la organización de esos criterios a través de normas jurídicas. Es evidente que se pueden aducir sólo razones de utilidad, como hace Hume para justificar la sociedad política y esta integración entre moral, política y Derecho, pero los criterios escogidos no son sólo de una racionalidad estratégica. Así, por ejemplo, no sería posible en nuestro modelo una moralidad calculada sólo para la utilidad de quien la esgrime, sino que los principios morales están presentes aunque no nos produzcan beneficio en un caso concreto.

2. La ética

No se trata aquí de hacer un estudio de todos los problemas que plantea la ética, sino sólo indicar aquellos que afectan a su relación con la política y el Derecho. No es relevante aquí, aunque es importante, si el fundamento de la moralidad es racional, es emotivo, constructivo o deliberativo, en un diálogo hipotético o ideal (Habermas, Apel, Rawls) o en condiciones reales con un acto de fe en la razón (Lorenzen).

Sólo importa en el ámbito de la cultura occidental y moderna, en que nos situamos, partir de un postulado humanista antropocéntrico propio de esa cultura, la dignidad del hombre, ser libre, con capacidad de elegir, ser racional, con capacidad de construir conceptos generales, ser moral con habilitación para escoger y asumir un ideal de vida, que puede ser presentado como susceptible de ser universalizable, y ser comunicativo, capaz de diálogo con los otros, y de transmisión oral o escrita de su propia semilla de creación. Creo que este planteamiento excluye las concepciones éticas utilitaristas y parece más adecuado un marco intelectual que podría abarcar a las éticas comunicativas basadas en el consenso, ya sea contractual, ya sea comunicativo, con una raíz kantiana. Este ideal de la dignidad humana supone el mutuo reconocimiento de esa condición entre los hombres. No sería posible si unos reclamasen para sí esa dignidad, sin reconocérsela a los demás. Representa la necesidad, en el modelo

de vida social, de igual libertad, de solidaridad, sin sacrificios desmedidos para contribuir a que la primera sea posible, y de seguridad como marco imprescindible de convivencia pacífica de saber a qué atenerse.

La noción de juego limpio en Rawls expresa no sólo la obligación, al menos *prima facie*, de seguir las normas que uno ha aceptado por consenso, sino de que cuando “se aceptan los beneficios de su práctica común” se tiene la obligación “de actuar de acuerdo con ella, cuando le llega la hora de hacerlo; pues habitualmente se considera inicuo (*unfair*) que uno acepte los beneficios de una práctica, pero que uno renuncie a hacer lo que le corresponde para mantenerla...”¹¹. Esta noción es consecuencia del reconocimiento de la dignidad del otro como persona¹², que necesita las mismas normas de moralidad pública que uno necesita para sí en su desarrollo como ser autónomo e independiente, porque tiene la misma condición: sentimientos, intereses, capacidad de comunicación y diálogo, de construcción de conceptos generales, capacidad de elección y posibilidad de desarrollo moral. En este contexto conviene descartar tanto las éticas que se centran en el valor exclusivo del principio de universalización como aquellas que se basan exclusivamente en el principio de autonomía.

Las primeras, que exigen la aceptación casi automática por parte de los afectados, son éticas autoritarias, con contenidos materiales que se quieren imponer como buenos, con planes de vida para cada uno, elegidos al margen de su autonomía. Son propias de sociedades cerradas¹³. Son éticas premodernas. En ellas la dialéctica de la libertad que va de la libertad de elección a la libertad moral, pasando por la libertad social¹⁴, se reduce a libertad moral, sin libertad de elección, puesto que prescinde de la autonomía como aceptación responsable de la moralidad. Son éticas fundamentalistas, de la predestinación, éticas religiosas integristas y éticas políticas totalitarias, donde el Estado asume la función de una Iglesia. También son incompatibles con cualquier otra, que no se considera verdadera, y rechazan el pluralismo moral o lo que Rawls llama un consenso por superposición¹⁵. Este problema es especialmente relevante en

11 En el trabajo *Justicia como equidad*, que da el nombre a la edición de Rodilla, ya citada, págs. 30.

12 *Vid.* Pedro Latín Entralgo: “Teoría y realidad del otro”, *Revista de Occidente*. Madrid, 1961.

13 *Vid.* Popper: *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós. Buenos Aires, 1967.

14 *Vid.* *Mi Curso de derechos fundamentales*, t. I. Eudema. Madrid, 1991 con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas. III-8, *La libertad social, política y jurídica*, págs. 184 y ss.

15 En su trabajo “La idea de un consenso por superposición”, publicado en la recopilación de ensayos analíticos *Derecho y moral*, edición de los profesores Betegón y Páramo. Ariel. Barcelona, 1990. En relación con este problema dice Rawls que “un acuerdo público y viable sobre una única concepción general y comprensiva sólo podría ser mantenido mediante el uso opresivo del poder estatal” (págs. 66). Es el serio peligro de la tesis de la unión entre la Iglesia y el Estado, en concepciones religiosas integristas o fundamentalistas, y cuando el partido único (fascista o comunista) pretende una explicación totalizadora. Definirá al consenso por superposición como el que “incluye a doctrinas religiosas, filosóficas y morales rivales que probablemente prosperaran durante generaciones en la sociedad regulada efectivamente por esa concepción de la justicia. Presuponemos que esas doctrinas rivales entrañan concepciones comprensivas del significado, valor y propósito de la vida humana (o concepciones del bien), opuestas e incommensurables, y que desde el punto de vista político no existen recursos para juzgar entre esas concepciones rivales. Son igualmente permisibles siempre que respeten los límites impuestos por los principios de la justicia política...”.

el ámbito de la ética pública, es decir en aquel que afecta a la ética en relación con el poder y con el Derecho. En el ámbito de la ética privada, es compatible su existencia, como oferta de planes de vida siempre que no cierren en el individuo su capacidad de elección, y consiguientemente también de abandonar ese proyecto de plan de vida¹⁶.

Las segundas que se fijan fundamentalmente en la autonomía, que es tanto como decir hoy la conciencia, no ofrecen propuestas que podrían ser consideradas por todos, ni tampoco lo pretenden. Son éticas postmodernas que se complacen en la subjetividad y en el aislamiento de la sociedad y de la política, y favorecen el retiro hacia el ámbito de la privacidad. Si esas propuestas éticas coinciden con los intereses de los individuos, hay bases suficientemente razonables para pensar que no se trata de auténticas concepciones éticas, sino justificaciones egoístas.

Por el contrario, en este ámbito se pueden situar las éticas del disenso, mucho más respetables por su carácter crítico con la ética pública mayoritaria y que pueden generar a veces nuevos consensos modificadores del *statu quo* y descubrir nuevas dimensiones de los valores, de los principios de organización de los poderes y de los derechos fundamentales.

Si el reduccionismo de la universalización es histórica y conceptualmente premoderno, y el de la autonomía postmoderno, podemos identificar a las éticas de la modernidad como aquellas que integran los dos polos de la universalización y de la autonomía y que sólo se completan en una dialéctica que comprende a ambas.

2.1. Los valores superiores

Aquí sólo nos importa identificar la moralidad relevante en relación con la política y con el Derecho. Muchos autores identifican esa moralidad con los derechos humanos y yo mismo lo he hecho en su dimensión de propuesta moral¹⁷. Incluso las teorías de los derechos morales defendidas por importantes

16 El profesor Eusebio Fernández junto a la dicotomía moral pública moral privada, en el mismo sentido que la que aquí establecemos, distingue entre moral personal y moral social, que esclarece la relación entre la autonomía o aceptación personal que es exigencia para que un comportamiento individual se considere moral, y el hecho de que esos comportamientos, esos planes de vida, o como también se dice esas estrategias de la felicidad, no se generan en el individuo, sino que son propuestas que se le ofrecen desde la sociedad, de manera difusa, o de manera elaborada desde un sector social (Iglesia, escuela filosófica, etc.). Por eso dice el profesor Fernández que "la moral es originaria y materialmente social, pero es fundamentalmente personal o autónoma". Un solo matiz de excepción se debe establecer a mi juicio a la tesis del Catedrático de la Carlos III para aquellos que son fundadores o inspiradores intelectuales de una escuela moral. (Cristo, Dios y Hombre para los creyentes, o Kant como inspirador de una concepción ética muy influyente, también creo que de raíz cristiana, y que se prolonga hasta nuestros días, en Rawls, entre otros muchos. *Estudios de ética jurídica*, citados, pág. 101.)

17 Vid. Mi trabajo "Los derechos humanos, la moralidad de nuestro tiempo" en el libro colectivo *Garantía internacional de 105 derechos sociales*. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1991, pág. 9. Allí sostuve que "los derechos humanos son la moralidad propia de los sistemas jurídicos democráticos del mundo moderno..." También Eusebio Fernández en su artículo ya citado "Ética, Derecho y política. ¿El derecho positivo debe fundarse en una ética?" y Rubio Carracedo en "Ética constructiva y autonomía personal", citada, pág. 227. También Rawls la ve fundamentalmente identificada con las libertades básicas, aunque, como veremos, matizará esa afirmación (vid. *Sobre las libertades*, citada.).

autores anglosajones como Ronald Dworkin y en lengua castellana por Francisco Laporta, Alfonso Ruiz Miguel o Carlos Santiago Nino¹⁸, suponen esa misma inclinación.

Sin embargo, la dignidad humana, raíz de esa moralidad, no se agota en los derechos humanos ni tampoco en las virtudes públicas, tesis planteada por Victoria Camps¹⁹, porque sería aceptar una visión exclusivamente subjetivista y vinculada al individuo. El poder sólo sería frenado y limitado desde fuera, pero no introduciría en su interior, al menos plenamente, dimensiones de moralidad, ni por supuesto tampoco las transmitiría al Derecho objetivo. En ese sentido creo que hay un *prius*, los valores, que recoge el núcleo de la moralidad de la modernidad y que se incorpora al Estado social y democrático de Derecho, como moralidad política y con su impulso se convierten en valores jurídicos²⁰. Este punto de vista está incorporado a nuestra Constitución, se maneja en el pensamiento moral²¹, y también en el Derecho con la idea de valores constitucionales.

A mi juicio se puede hablar de cuatro valores que constituyen la moralidad del poder y del Derecho en este paradigma político y jurídico de la modernidad: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica²². Esta afirmación supone que la idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica. El diálogo de personas ilustradas y racionales que se ha producido en la modernidad y en su cultura política y jurídica, de hecho y respecto del cual se puede construir una modelización abstracta, teniendo en cuenta las aportaciones de los autores desde el humanismo y la reforma hasta hoy, y contando con las reflexiones que produce la experiencia histórica, permite justificar esa afirmación. Por otra parte, tanto desde la construcción de un diálogo teórico, o desde las nuevas

18 La obra central de Dworkin para ese tema son *Los derechos en serio*, versión castellana con estudio introductorio de A. Calsamiglia. Barcelona. Ariel, 1984, especialmente en los capítulos 4º y 5º. En Pérez Luño las encontramos en *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid, 1984. En Laporta, en su artículo "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa* núm. 4, Alicante, 1987, pág. 23 a 46. En Ruiz Miguel aparece la defensa de los derechos morales en su artículo "Los derechos humanos como derechos morales. Entre el problema verbal y la denominación confusa", en la obra colectiva *El fundamento de los derechos humanos*. Debate. Madrid, 1987 posteriormente ampliado en *Anuario de Derechos Humanos*. núm. 6. Madrid, 1990. La primera utilización del término derechos morales está en *El utilitarismo*. de Mill. En la versión castellana de Esperanza Guisán. Alianza Editorial. Madrid, 1984, la referencia aparece en las págs. 104 y 105.

19 *Virtudes públicas*. Espasa-Calpe. Madrid, 1990.

20 *Vid.* Mi libro *Los valores superiores*. Tecnos. Madrid, 1982. También el libro de Luciano Pajero: *Constitución y valores del ordenamiento*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, y el trabajo de Luis Prieto: "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional". *Poder Judicial* núm. 11. Madrid.

21 Por ejemplo, en Max Scheler: *Der formalismus in der ethik und die materiale werthetik*. Berna, 1ª ed. 1913. Versión castellana, de Hilario Rodríguez Sanz: "Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un pensamiento ético", *Revista de Occidente Argentina*. Buenos Aires, 1991. Para un panorama del tema vid Alfred Steu: *Philosophy of history and the problem of values*, Mouton. Gravenhage, 1962.

22 *Vid.* Mi *Curso de derechos fundamentales*, citado, en su tercera parte.

perspectivas del contractualismo, como desde la experiencia de la cultura política y jurídica moderna, se puede pensar razonablemente en el sentido de esta propuesta como la que aceptaría el hombre moderno y que mejor hace posible la realización de su moralidad. Es como prolongar las virtualidades de racionalidad que derivan del esfuerzo intelectual, depurándolas de sus limitaciones personales y temporales, en este juego de abstracción constructiva a finales del siglo XX. Pero no se trata sólo de un modelo teórico, sino de encontrar razones para la acción, para la crítica de la realidad y para su reforma.

La teoría, la reflexión racional, tanto si imagina una situación ideal de diálogo como si parte de una posición original (el nuevo nombre del viejo estado de naturaleza reelaborado y depurado por Rawls), donde los hombres razonan desde un velo de ignorancia sobre su *status* personal (esa lotería natural, como la llama el autor de la *Teoría de la justicia*), como si prolonga el pensamiento de los autores de la modernidad y las experiencias históricas, reconstruyendo y ensayando desde ellas un paradigma abstracto, puede justificar la existencia de esos valores.

Así la seguridad jurídica, valor específico de la modernidad, es la condición de otros valores y razón que fundamenta derechos y principios de organización, en la creación de un ámbito de paz, de orden, de certeza, de superación del miedo, ante ataques de la fuerza irracional del otro o del poder, ante la enfermedad, ante la edad, es decir ante aquellas realidades personales o fácticas que pueden impedir o dificultar la existencia de otros valores²³.

La libertad, como valor central de una ética pública, es libertad social, política y jurídica, es decir creación de condiciones en la vida social y política; para que nuestra libertad inicial, capacidad de elegir o libertad psicológica, se pueda ejercer plenamente en la elección de nuestros planes de vida, de nuestra estrategia de felicidad o de nuestra idea del bien, que nos conduzca o nos aproxime a la libertad o independencia moral en el sentido kantiano. Podemos llamar libertad moral, independencia moral o autonomía moral al resultado, siempre provisional de nuestra capacidad de elección; en condiciones sociales y políticas libres, con la libertad que llamamos social. La posibilidad de elegir preferencias y proyectos vitales en el ámbito de la libertad social, que sean universalizables supone la conjunción de los principios de autonomía y universalización, a través de la ética pública de la modernidad. En la respuesta de Kant a ¿qué es la Ilustración?, está ya el proyecto "...Todavía falta mucho para que los hombres... considerados en su conjunto, puedan ser capaces de servirse bien y con seguridad de su propio entendimiento, sin la guía de otro en materia de religión. Sin embargo, es ahora cuando se les ha abierto el espacio para trabajar libremente en este empeño, y percibimos inequívocas señales de que disminuyen continuamente los obstáculos para una Ilustración general o para la salida de la

23 Vid. Pérez Luño. *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991. También mi trabajo "La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho", *Anuario de derechos humanos* núm. 6. Madrid, 1990.

autoculpable minoría de edad"²⁴. El objetivo al favorecer una elección libre es aproximarse a ese horizonte utópico de la moralidad que hemos llamado libertad, autonomía o independencia moral, y en todo caso elegir planes de vida o estrategias de felicidad o concepciones del bien. Se concibe así a la plenitud de la personalidad moral no como un prius (que es el dato antropológico de la libertad de elección), sino como un objetivo a alcanzar con la ayuda de los valores de la ética pública y centralmente de la libertad.

La igualdad es un valor incomprensible sin la libertad, desde la cual se debe entender en dos sentidos principales. En primer lugar como igual libertad, es decir como aquella situación en la cual los beneficios de la libertad social, política y jurídica, y tanto en su dimensión de derechos fundamentales como de principios de organización (procedimientos, destinatarios de las normas), alcancen a todos sin distinción. Se la suele denominar igualdad formal.

En el segundo sentido la podemos denominar igualdad para la libertad, es decir como creación de las condiciones mínimas para que todas las personas estén en condiciones para ejercer su libertad de elección, y que puedan beneficiarse, de hecho, de la libertad social en la búsqueda de sus planes o proyectos vitales.

Consiste en que los poderes públicos garanticen por sí o promuevan y organicen que otros lo hagan, la satisfacción de unas necesidades básicas, radicales, de mantenimiento o de mejora, o como dice Rawls de unos bienes primarios²⁵, de los que carecen los menos favorecidos, que les impiden alcanzar otros bienes, situación de la que, además no pueden salir por sí mismos. Se la suele denominar igualdad material. No aceptar la igualdad para la libertad es consentir, por consiguiente, que grupos de personas queden marginados del goce de la libertad social y que puedan elegir libremente sus planes de vida. Es la tesis de la parábola del banquete de Malthus²⁶, inseparable de las concepciones neoliberales del

24 Es la respuesta inspirada por el párroco berlinés J. F. Zöllner en un artículo de 1783 donde se formulaba la pregunta. (Berlinischen Monatsschrift). Vid. el texto en una colección de esas respuestas en edición de Agapito Maestre y José Romagosa. Tecnos. Madrid, 1988, págs. 15 y 16.

25 Vid. *Unidad social y bienes primarios*, en Justicia como equidad, edición citada, págs. 187 y siguientes.

26 Este texto que aparece en el "Ensayo sobre la población", en su edición de Londres, 1903, reimpresión de la segunda edición en pág. 531, produjo un gran impacto y también rechazo en su tiempo y marca la reacción de lo que he llamado la solidaridad de los modernos (vid. *Curso de derechos fundamentales*, citado, págs. 228 y siguientes). "Un hombre que nace en un mundo que ya tiene dueño, si no puede obtener el alimento de sus padres, a los que tiene derecho a pedirlo, y si la sociedad rechaza su trabajo, no tiene derecho a reclamar ni una pequeña parte de alimentos... En el gran banquete de la naturaleza no hay un lugar reservado para él. Ella le dice que se marche y rápidamente ejecutará su orden, si él no despierta la compasión de otros invitados. Si algunos invitados se levantan y le hacen lugar, otros intrusos de inmediato aparecen, exigiendo el mismo favor. La noticia de que hay comida para todos los que llamen llenará la sala de numerosos pediguños. El orden y la armonía del banquete se ven perturbados, la abundancia que antes reinaba se torna en escasez y la felicidad de los invitados se ve destruida por el espectáculo de la miseria y la dependencia que reina en todas partes de la sala y por el clamor inoportuno de los que están justamente furiosos por no encontrar los alimentos que les habían prometido. Los invitados se dan cuenta demasiado tarde de su error, al desobedecer las órdenes estrictas para todos los intrusos que dio la gran anfitriona de ese banquete, la que deseando que todos los invitados tuvieran comida abundante y sabiendo que no podía ofrecerle para un número ilimitado, humanitariamente se negó a admitir a los recién llegados cuando su mesa estaba ya ocupada". No es extraño que personas tan dispares ideológicamente como Byron, Shelley, Carlyle, Disraeli o Engels rechazasen con energía esa idea de los invitados y de los excluidos, como una lotería natural, expresión del principio *prior tempore prior iure*. Tampoco lo es que Suthery en *State of the poor* (1812), publicado en *Essays, moral and political*. Londres, 1832-I-93, dijera que la parábola de Malthus era "algo tan asqueroso que solo podía ser digerido por los que tenían, como los hotentotes, afición a la basura". Y sin embargo es una filosofía que con formas más sutiles y menos francas recubiertas con estilizados argumentos de filosofía moral, está detrás de las concepciones neoliberales y del Estado mínimo.

Estado mínimo, que niegan su intervención y la existencia de esta igualdad en los bienes primarios o en la satisfacción de las necesidades para hacer real la libertad. Estamos ante éticas públicas que no garantizan el principio de universalización, puesto que numerosas personas no son sujetos destinatarios de ese proyecto que deja de ser así una propuesta general que puede ser ofrecida a todos.

La solidaridad no es un sinónimo de la igualdad, ni tampoco una virtud privada²⁷. Se puede defender la igualdad, sin ser solidarios, aunque no cabe la afirmación contraria, ya que la solidaridad es inseparable de la igualdad en ambos sentidos. En efecto, se puede aceptar teóricamente que la justificación de la igualdad que hemos esbozado es correcta, pero, al mismo tiempo, considerar que es sólo una obligación de los poderes públicos, sin que los ciudadanos estemos implicados, ni se genere ninguna obligación personal en su consecución²⁸.

La solidaridad, por el contrario, sinónimo de la fraternidad, en la vieja trilogía de la Revolución Francesa, representa la cooperación en la construcción de la ética pública y de sus dimensiones políticas y jurídicas, sin sacrificios excesivos, que llevarán a su transformación en una virtud individual, de caridad o de amor. Se basa en la aceptación de los valores comunes, y de que se vive en una comunidad con experiencias históricas, con esperanzas y con sufrimientos comunes y con una cultura común, en la que se desea participar y ayudar a su enraizamiento, con una lealtad que nos integra en el proyecto y nos conduce a impulsarlo. Se concreta jurídicamente, en derechos, pero sobre todo en obligaciones positivas, que corresponden a los poderes públicos y también a los ciudadanos para contribuir a la igualdad, a la mayor libertad, compatible con la de los demás y a aumentar la propia integración y la de los demás en el proyecto común.

Desde el punto de vista del poder, la promoción de la libertad y de la igualdad para que alcance a todos en el mínimo imprescindible para poder ejercer realmente, de hecho, la libertad de elección, y consiguientemente la capacidad moral, es consecuencia de este valor. Desde el punto de vista del ciudadano, además de este elemento, incluye la creencia de que la cooperación solidaria,

27 Por ejemplo Eusebio Fernández en su artículo *Ética, Derecho y política. ¿El derecho positivo debe basarse en una ética?* citado, afirma que "desde el plano de la creación de instituciones sociales, políticas y jurídicas se puede imponer el reconocimiento y garantía de la dignidad, la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, pero no el de la fraternidad, la solidaridad o la caridad que se sitúan exclusivamente en el campo de los deberes morales" (pág. 55). Creo que el error deriva de la confusión entre caridad o solidaridad de los antiguos con la solidaridad de los modernos, y que éste es un valor de la ética pública como antítesis a los valores antisolidarios difundidos por los fisiócratas o por Malthus, y a partir de ahí, por muchas concepciones neoliberales y de defensa del Estado mínimo (vid. mi trabajo en la obra colectiva publicada por La Ley y la ONCE. Madrid, 1991 y que se titula "Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario").

28 En este sentido sobre las obligaciones jurídicas, vid. el excelente libro del profesor Rafael de Asís: *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Igualmente los trabajos de Garzón Valdés, Dicterlen, Campo, Resta y Atienza en Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 5. Alicante, 1988.

garantiza que los poderes públicos y los demás se comportaran con uno mismo de la misma forma si se encontrase en la situación que pone en marcha los mecanismos de la cooperación solidaria. Frente al principio liberal que expresa Tomásio y que marca las funciones del Derecho, en esa concepción de que la esencia del sistema, es decir de lo jurídico, está en no hacer a los demás lo que no quieras que éstos te hagan a ti, se expresa la solidaridad con la fórmula que Vives, dos siglos antes que Tomásio, incluyó en su *De Subventione Pauperum*: “¿Qué cosa hay más inspirada en la razón y el derecho de la naturaleza que el que cada uno se conduzca para con los otros, como quisiere que los otros se condujeran consigo?”²⁹. Es éste uno de los puntos de contacto, por su raíz evangélica, que aproxima a las concepciones cristianas con el socialismo.

2.2. Derechos humanos y principios de organización

Los derechos fundamentales suponen una moralidad externa al poder, y para algunos previa al poder, que pretende limitarlo en su versión liberal. Se puede aceptar la idea del carácter previo, que por ejemplo expresa Dworkin diciendo que son triunfos frente al poder³⁰, siempre que nos refiramos a ellos como valores morales, asumidos por el poder democrático, pero sería un sin sentido afirmar que son previos también desde el punto de vista jurídico, si es precisamente el Derecho positivo, a través de sus normas máximas, normalmente, las Constituciones, quienes hacen posible su juridificación, dinamizada y prolongada con la interpretación judicial.

Protegen a los hombres de los maleficios del poder. Es la libertad de pensamiento, de conciencia, la libertad de expresión y de prensa, las garantías procesales, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, etc. En la aportación socialista son igualmente una moralidad externa desde la cual el hombre pretende obtener beneficios del poder, con la satisfacción de necesidades básicas, radicales, de mantenimiento o de mejora.

El punto de vista democrático, con los derechos de participación política, desempeña un papel intermedio y abre la puerta a lo que llamaremos la moralidad interna del poder y del Derecho, llegando por esta argumentación a una terminología similar a la que utiliza Fuller³¹. Así, como derechos, arrancan de una dimensión externa, pero se sitúan en un nivel interno, con su ejercicio, en cuanto que son elemento decisivo que contribuye a configurar y a identificar al poder democrático, y que determinan la dimensión de consenso en la formación del Derecho. Podemos decir que los derechos humanos en la versión democrática intervienen decisivamente en la comunicación con los principios de organización que examinamos a continuación.

29 *Vid.* esta obra en la edición de sus obras completas. Aguilar. Madrid, t. 1, pág. 1378.

30 En su obra *Los derechos en serio*, citada especialmente en el capítulo 12 ¿qué derechos tenemos?

31 *The Morality of law*. Yale University Press, 1964.

Estos principios, que derivan igualmente de los valores superiores y que completan, con los derechos, la moralidad pública, suponen la moralidad interna del poder y del Derecho. Son condiciones de éstos, situados en la definición de su estructura y no obstáculos exteriores que los controlan. No son límites al poder, sino elementos configuradores del poder, que desde esa condición contribuyen a su limitación³².

Es necesario señalar que el poder político democrático incorpora la moralidad de los valores, como valores políticos, y que, como valores jurídicos, inspiran toda la organización del Derecho, que convierte a los derechos humanos y a los principios de organización en reglas que limitan y configuran a ese poder al servicio de la persona. Es decir, que aparece aquí ya, de nuevo la idea de trilogía inseparable y comunicada, en la cual la moralidad suministra el ¿qué se hace?, el poder, el ¿quién lo hace?, el sujeto que impulsa y hace posible que se ponga en práctica, y el Derecho el ¿cómo se hace? Esta moralidad pública sólo es eficaz a través del poder y del Derecho, y el poder efectivo y el Derecho positivo sólo son legítimos y justos si incorporan esa moralidad³³.

2.3. Ética pública y ética privada

Lo que diferencia a la ética pública, que es la que aquí nos interesa, de la ética privada es que la primera es formal y procedimental, y la segunda es material y de contenidos. La primera trata de configurar una organización política y jurídica, donde cada uno pueda establecer libremente sus planes de vida o elegir entre aquellos proyectos de planes de vida institucionalizados, por un grupo social, por una Iglesia o por una escuela filosófica. Quiero así decir que en este punto de vista del paradigma de ética pública de la modernidad, la libertad inicial o de elección tiene una organización política y jurídica, inspirada y fundada en el valor de la libertad social, a lo que completan y matizan la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que permite llegar a las personas a abordar el ideal de la autonomía o libertad moral. Lo que he venido llamando planes de vida elegidos libremente es sinónimo de proyecto moral universalizable, al que

32 En este planteamiento coinciden autores que se han ocupado recientemente del tema. Así Larenz hablará de "principios del Estado de Derecho" entendiéndolos como tales a "los que se refieren a la construcción del Estado precisamente como un Estado de Derecho, que debe impedir de manera especial que aquellos a quienes eventualmente se confía el ejercicio del poder estatal, lo usen de un modo distinto al sentido que impone el Derecho" (en *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción y presentación de Luis Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1985, pág. 151). Desde otra perspectiva Habermas utilizará el concepto, sin mencionar el término principios, al decir que "una dominación política ejercida en las formas del Derecho positivo, obligadas siempre a justificarse, no puede deber su legitimidad a otra cosa que al contenido moral implícito en las cualidades formales del Derecho, en *Escritos sobre moralidad y ética*, citados pág. 160".

33 Sobre este tema vid. Ángel Llamas: *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, en prensa en Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado. Asimismo de este autor y sobre el problema general de la moralidad del Derecho desde esta perspectiva de los valores y los principios vid. "Los principios generales reconocidos en las leyes de la República", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15. Madrid, 1988; igualmente "Notas sobre los valores superiores de Gregorio Peces-Barba Martínez", en Javier Muguerza y otros: *El Fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

nos adherimos o que construimos y que nos permite enlazar el horizonte de nuestra personalidad moral. Por eso no es compatible esa moralidad pública con una oferta moral excluyente, que pretenda el monopolio de la verdad, y que niegue derechos a esa abstracción llamada error, e ignorando que los derechos sólo son de las personas y de los grupos humanos, y nunca de categorías mentales construidas. Se han visto ya muchas fes militantes arrumbadas en el museo de la historia, que pretendieron en un momento imponer su verdad³⁴.

La Iglesia Católica hizo un esfuerzo, desde este siglo para aproximarse a este paradigma de la modernidad, y la encíclica *Pacem in Terris* y el Concilio Vaticano II, son rasgos muy significativos de ese proceder. Sin embargo la evolución más reciente demuestra las dificultades que presenta la compatibilidad.

En todo caso debemos concluir que la finalidad de esa ética pública, es establecer criterios para que los espacios sociales, ámbitos del poder y del Derecho, estén abiertos a la realización de proyectos de humanidad, es decir, al establecimiento libre de planes de vida para todas las personas. Hablar de ética procedimental, no quiere decir que no existan unos valores materiales, y unos fundamentos, con contenido y orientaciones. Ética procedimental no es sinónimo de una cáscara vacía. La idea de dignidad humana, y los cuatro valores, especialmente el central de la libertad matizada y potenciada por la seguridad, la igualdad y la solidaridad, supone un modelo que limita y excluye a otros. Lo que queremos decir es que esos contenidos no marcan conductas y comportamientos orientados o dirigidos desde ellos, respecto a la elección de planes de vida de los ciudadanos, aunque pueden fijarles obligaciones positivas generales, con la misma finalidad, que prolongue o complete la de la ética pública respecto al comportamiento y a las obligaciones de los poderes y de los funcionarios. Son pues los poderes públicos y también los operadores jurídicos, jueces, funcionarios, etc. y también los ciudadanos, cuando desempeñen papeles en ese ámbito, los que deben asumir esos contenidos que alimentan la ética procedimental del poder y del Derecho. Precisamente así se evitan las invasiones de la ética privada y se garantiza la libre elección de planes de vida y el ejercicio de la autonomía, la independencia y la libertad moral. Esa ética pública señala qué deben hacer los poderes, las autoridades y los funcionarios, quienes pueden y son competentes para hacerlo y con qué procedimientos, precisamente para que los ciudadanos sean libres en la orientación de su moralidad privada. Sus contenidos arraigan en la dignidad de la persona a la que ayudan en su

34 Habermas coincide con este punto de vista cuando afirma que: "...la moralidad integrada en el Derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendadora de un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad" (en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, citados, pág. 154). Con otros términos y desde el punto de vista rawlsiano de la igual libertad, coincide también Salvatore Veca. "En realidad, una sociedad conceptualizada como esquema de cooperación y conflicto para individuos y grupos diferentes, dotados de intereses y concepciones del bien diferentes y divergentes, no puede, sino considerarse como un bien público y colectivo el igual valor de la libertad. Se considera como una condición para la autonomía de los individuos..." en *Questioni di Giustizia*. Einaudi, junio, 1991 (traducción castellana del autor en pág. 197).

desarrollo, desde los valores, los derechos y los principios de organización para que pueda desenvolver todas sus potencialidades.

Por su parte la ética privada establece modelos de conducta o de comportamiento, estrategias de felicidad, o ideales sobre el bien y la virtud, lo que hemos llamado contenido de planes de vida que se ofrecen a los posibles destinatarios de los mismos. Las condiciones que hacen compatible a esa ética privada, con la pública que estamos identificando aquí, son:

- a) Que no sea una oferta en solitario, que excluya la posibilidad de otras, es decir, que se produzca en un contexto pluralista, en concurrencia con otras ofertas y que acepte el juego limpio y la lealtad al sistema que supone ese planteamiento.
- b) Que el seguimiento por cada persona exija y permita una aceptación en ejercicio de su autonomía y de su libertad de elección. Naturalmente que esa aceptación no tiene que ser expresa, sino que basta con los signos externos que indican una adhesión a una determinada oferta entre las posibles. De ahí, por ejemplo que la libertad religiosa, debe incluir necesariamente a la libertad de cultos.
- c) Que sea posible construirse un plan de vida distinto, siempre que sea universalizable como oferta a los demás para que estemos en el ámbito moral. Un proyecto vital extravagante y no generalizable, no debe ser obstaculizado, si no afecta en nada a los demás. El único límite, a mi juicio, es si ese proyecto supone la supresión de la propia vida, porque el derecho a la vida, no supone disposición sobre ella, sino posibilidad de defenderla³⁵. Sin los requisitos de universalidad y de autonomía no hay moralidad privada. Cuando una moralidad privada coincide siempre con los intereses de su titular, hay grandes motivos para sospechar que esa persona carece de moralidad.

Sin espacio público que facilite la existencia de ofertas de moralidad plurales y sin posibilidad de que las personas acepten libremente o creen libremente un proyecto moral, un plan de vida, no hay moralidad pública.

No podemos olvidar, para terminar esta parte, que la relación moralidad, poder y Derecho se sitúa en el ámbito de la cultura, que es obra humana en la historia y por consiguiente que va formando un depósito de ideas que se transmiten, se matizan o se cambian de generación en generación. No todos los hombres, ni siquiera la mayoría, hacen una reflexión racional sobre estos temas, sino que asumen, por la escritura o por otros medios de transmisión ese acervo, en la dialéctica entre memoria y olvido del surco del tiempo³⁶. Por eso el elemento central de consenso, que si exige una intervención per-

35 Sobre este tema vid. mi *Curso de derechos fundamentales*, tercera parte 8. La libertad social o política y jurídica, y en concreto las páginas 199 y siguientes.

36 Vid. Emilio Lledó: *El surco del tiempo*, citado.

sonal en la asunción de esa ética pública procedimental no puede fiarse sólo a los elementos de publicidad del Derecho, ni al ámbito de los juristas, los políticos o los filósofos morales, sino que requiere para su extensión del esfuerzo socializador y endoculturizador de la educación en todos los niveles de la enseñanza. Es la pedagogía de la libertad.

3. El Derecho y el poder

Frente a las concepciones reductivas o excluyentes que desconocen o la realidad del poder o la realidad del Derecho, o que subordinan la una a la otra, o integran la una en la otra, esta concepción de la trilogía inseparable y comunicada, supone que el poder y el Derecho se consideran dos caras de la misma realidad. El poder es una fuerza institucionalizada, es decir abierta a valores, los valores morales de la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que impulsa y apoya la existencia del Derecho, y que, al tiempo, es limitado y organizado por el Derecho. Es el modelo de coordinación-integración entre poder y Derecho, que reconoce la existencia autónoma de ambos polos de la relación, que los comunica y que incluso los considera respectivamente imprescindibles para la plena comprensión de su correlativo. El poder es el hecho fundante básico del Derecho y causa última de su validez y de su eficacia. Es el punto de vista externo, en virtud del cual ese poder es determinante, en última instancia, para su producción. Este punto de vista clave del paradigma de la ética pública de la modernidad arranca ya de las posiciones del iusnaturalismo racionalista, y de su justificación contractualista del poder, y del Derecho. Esa es, por poner un solo ejemplo, la filosofía que subyace en la obra de *Los Deberes del hombre y del Ciudadano* de Pufendorf, en el capítulo V del libro II que titula “Sobre los motivos que han llevado a los hombres a formar sociedades civiles”³⁷.

Desde el punto de vista interno es el Derecho el que influye sobre el poder, a través de la regulación del uso de la fuerza que representa aquel.

La moralidad pública es asumida por el poder político, que a su fuerza añade el consenso y la integración de esos valores, por lo que es un hecho institucionalizado, formado por un grupo de hombres que reciben el monopolio en el uso de la fuerza apoyado en valores (legitimidad del poder). Con el impulso de ese poder, la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho y limita y organiza al poder en Estado social y Democrático

37 A partir del pacto social “se produce el Cuerpo político que se llama Estado, y que es la más poderosa de todas las sociedades” y en “la formación regular de todo Estado son necesarias dos Convenciones y una Ordenanza General”. Es la que explica la formación del Derecho, en este caso el público que define como “aquella que establece la forma de gobierno, sin lo que no habría medio de tomar algunas medidas fijas, para trabajar útil y concertadamente para el bien público...” (traducido por el autor de la versión francesa de Jean Barbeyrac, edición de Londres en Jean Nourse 1741, reproducida por el Centre de Philosophie politique et Juridique de la Universidad de Caen en 1984, tomo II, pág. 64 y 65). La relación poder y Derecho, como forma de realización eficaz y pacífica de los derechos naturales aparece con gran nitidez.

(justicia del Derecho). Así, aunque a veces los términos justicia y legitimidad se utilizan indistintamente para expresar la relación del poder o del Derecho con la moralidad, parece preferible usar el término legitimidad para referirse al poder y el de justicia para referirse al Derecho³⁸. Bobbio dirá en el mismo sentido que "norma jurídica y poder pueden ser considerados como la cara y cruz de la misma moneda" y añade que "el poder sin Derecho es ciego y el Derecho sin poder es vacío", en una reflexión que prolonga la hermosa paradoja que Pascal reflejó en las *Pensées*, sobre la justicia fuerte y la fuerza justa³⁹. Se puede identificar esa relación Derecho-poder, con los siguientes rasgos:

- a) No existe jerarquía ni superioridad de uno sobre otro, sino un equilibrio y una vinculación correlativa.
- b) El Derecho como expresión de una norma y el poder como una voluntad referida a valores, y formada desde la comunicación y el diálogo entre muchas voluntades razonables, no se contraponen, sino que se comunican e integran.
- c) El poder crea en última instancia al Derecho positivo, es el hecho fundante básico, pero éste configura al poder como poder jurídico, que lo limita y lo organiza.
- d) La moralidad, los valores derivados de la dignidad de la condición humana, la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, asumidos como valores políticos, se trasladan por éste, en su condición de hecho fundante básico, al Derecho como valores, derechos y principios de organización.

El edificio teórico que se construye así, no es cerradamente positivista, aunque identifique al Derecho con la positividad, y como expresión de una voluntad, porque ésta se refiere a valores, y porque está abierto a la moralidad pública, que hace posible la moralidad privada, es decir la posibilidad de personalidad moral en cada individuo.

Tampoco es iusnaturalista, porque no considera como Derecho a esa moralidad, si no se incorpora por los cauces de la producción jurídica ordinaria a un Ordenamiento.

En todo caso, el poder necesario para esa trilogía es el poder político, que asume frente a la poliarquía medieval el monopolio en el uso de fuerza legítima, que en este modelo de la modernidad tiene distribuido y contrapesado el poder

38 Un excelente resumen de alguno de estos temas está en la obra de Bobbio: *Stato, governo, società*, Einaudi, Turín, 1ª ed., 1978, reimpresión 1980, 1981, 1985.

39 *Vid.* Bobbio: "Del poder al Derecho y viceversa", en *Contribución a la teoría y el Derecho*, texto añadido por el Prof. Ruiz Miguel en la edición de Debate, Madrid, 1990, pág. 355 y siguientes. El texto completo de Pascal dice: "...Justicia, fuerza... Es justo que lo que es justo sea seguido; es necesario que lo que es más fuerte sea seguido. La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin la justicia es tiránica..."

La justicia sin fuerza es contradicha, porque siempre hay malvados. La fuerza sin la justicia es acusada. Hay que poner juntas la fuerza y la justicia, y para eso hay que hacer que lo que es justo sea fuerte o que lo que es fuerte sea justo [(*Les pensées*, Ed. Obras completas de Pascal, Du Seuil, París, 1963, pág. 512 (traducción del autor)].

de esa fuerza. Por eso es un Estado limitado y organizado, y en esos rasgos arraigan las razones de su legitimidad. Por eso también es incompatible con el monopolio de otros poderes relevantes como el poder de las ideas y el poder de la riqueza.

Un poder político que al monopolio, en el uso de la fuerza legítima, una el monopolio de las ideas (Estado-Iglesia) y el monopolio del poder de la riqueza (Estado propietario y Estado-empresa) es un Estado totalitario, que se puede definir así como el que integra esos tres monopolios.

Tampoco el Estado que consiente, en el ámbito de la sociedad civil esos monopolios, el de las Ideas, de una Iglesia, o de cualquier otra fe laica pero militante y excluyente, y el de la riqueza, de una clase social, como la nobleza, la burguesía, o el proletariado, sin participación suficiente y equilibrada de las demás, se puede integrar en este modelo. Es claramente incompatible con la unión entre la Iglesia y el Estado, con el partido único, y con cualquier sistema económico que favorezca el monopolio de la riqueza.

El esfuerzo intelectual, también reflejado en la realidad histórica del mundo moderno a partir del Renacimiento, se ha centrado en la lucha contra el monopolio del poder ideológico, contra las demás concepciones morales y contra las ideologías autoritarias y dogmáticas, que limitaban la capacidad de libre creación, de investigación, de búsqueda libre de planes de vida, de opiniones y de la formación de la propia conciencia. El proceso de secularización, el humanismo laico y la Ilustración, son los movimientos que contribuyen a ese proceso histórico y a esa primera liberación, que es la liberación de las ideas. El rasgo ético con reflejo político y jurídico de ese proceso es el pluralismo ideológico, que está en el origen de la tolerancia y en el fundamento de la libertad individual. A ese modelo se le suele oponer la tesis de los derechos de la verdad y la expresión, tantas veces escuchada de que “no hay libertad para el error”. Parece que se pretende que abstracciones definidas por seres humanos y consiguientemente expresión de su subjetividad, o de una cierta moralidad social, pasen como una verdad objetiva, y que los derechos, que sólo son de las personas se atribuyan a entes ideales o de ficción. No sólo se afrontó con ese talante una experiencia histórica que Tagore expresó muy bellamente: “Si cierras la puerta a todos los errores dejarás fuera la verdad”, sino que se favorecieron y se impulsaron acciones violentas y represiones contra quienes no participaban de esa “verdad” inconvertible y se empeñaban en el “error”.

Asimismo, la lucha en la historia contra el poder económico de los antiguos, y los argumentos intelectuales en ese sentido, se producen desde el tránsito a la modernidad y hasta el siglo XIX, liberando a los hombres de los círculos cerrados de la corporación y del gremio, de una estructura económica llena de privilegios, que frena la expansión de nuevos núcleos orientados a la producción de nuevos bienes, a la conquista de nuevos mercados y al desarrollo de nuevas formas

productivas. Aparece así la libertad de disposición de los bienes y la libertad de comercio (de mercado) contra el sistema feudal⁴⁰.

Con el contrapeso de una cierta intervención estatal, para corregir desigualdades y satisfacer necesidades básicas radicales, de mantenimiento y de mejora, que es la aportación del socialismo democrático a la moralidad de los derechos y a la función promocional del poder, desarrollando deberes positivos de los poderes públicos y de los particulares, es una liberación aun adecuada para ser integrada en el modelo. Sin embargo, debe mantener siempre abiertos estos mecanismos de corrección que eviten caer en un nuevo monopolio de la riqueza, o que impidan que sectores sociales se encuentren condenados a la escasez, a la pobreza o a la privación de necesidades básicas. Esta preocupación que arranca de la reacción que produce la nueva mentalidad de la economía política y que se formulara por Luis Blanc con la famosa regla de cooperación: "Cada uno se beneficia según sus necesidades, después de haber contribuido según sus facultades"⁴¹, es tanto expresión del valor igualdad como del de solidaridad. En España Fernando de los Ríos, uno de los hombres más injustamente tratados en la historia de la cultura política y jurídica de nuestro país, situaba esta problemática en lo que llamaba el Constitucionalismo social; "aspiración que debe convertirse en móvil íntimo de la vida civil, de hacer viable a todo hombre, mediante la dación de medios, la realización de su vocación, posibilitando así a todo individuo, a todo grupo y a la sociedad en su unidad, la plenitud espiritual de que sea capaz en cada sazón"⁴².

Una reflexión racional que intente perfilar todas las dimensiones del modelo de la ética pública de la modernidad, debe prestar atención, a este flanco de la liberación económica, como origen de otros monopolios económicos.

El desbordamiento de la libertad económica de sus cauces racionales y su presentación como nueva moralidad excluyente de nuestro tiempo, no es coherente con este modelo e incluso desde él existen argumentos de peso para una crítica severa de esa tendencia.

40 La obra principal de esa nueva mentalidad será *La riqueza de las naciones. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, de Adam Smith: edición castellana con estudio preliminar de Gabriel Franco. Fondo de Cultura Económica, México, 1952 (6ª reimpresión, 1990).

41 El famoso texto de Blanc, tomado de su *Catechisme des socialistes* (Au Bureau du Nouveau Monde. París. 1849. pág. 9) donde define al socialismo expresión de la fraternidad, como "aquel valor en virtud del cual los hombres, en lugar de aislarse y disputarse la vida y fortuna como si fuera una presa, en definitiva de destrozarse, reúne sus voluntades y trabajan juntos en una obra común, de la que cada uno se beneficia según sus necesidades, después de haber contribuido según sus facultades". La interpretación más reciente de Blanc en España, es la del Prof. González Amuchastegui: *Luis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989.

42 *El sentido humanista del socialismo*, edición de Elías Díaz. Castalia. Madrid, 1976. pág. 221. Vid. igualmente sus *Escritos sobre democracia y socialismo*, Taurus, Madrid, 1975, edición del Prof. Virgilio Zapatero.

4. La moralidad del poder limitado y organizado por el Derecho

Este modelo sucede a un sistema concentrado en manos de unos pocos, vinculado a una legitimidad histórica que se transmite hereditariamente y que es incontrolado, tiránico y arbitrario. Carece de frenos objetivos y los individuos carecen de derechos frente a él.

Será expresión de una búsqueda de legitimidad, que no se conforma con la que se expresa por el monopolio de la fuerza. En el capítulo III del libro I de *El contrato social*, Rousseau lo expresara certeramente.

“El más fuerte no es nunca suficientemente fuerte para ser siempre el dueño, si no transforma su fuerza en Derecho y la obediencia en deber... la fuerza es un poder físico, no veo qué moralidad puede resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad, es como mucho un acto de prudencia... Convengamos pues que fuerza no hace Derecho, y que sólo es obligado obedecer a los poderes legítimos”⁴³.

Junto a la liberación ideológica y económica, la liberación política, que acompaña al Estado moderno, y que será el fundamento de su legitimidad, en este paradigma de las relaciones entre ética, poder y Derecho, en la perspectiva ilustrada del Estado social y democrático, será una ideología de sociedad abierta, según una expresión de Carlo Cattaneo que alcanzó fortuna con Popper, casi un siglo después⁴⁴. Expresa esa moralidad procedimental, tal como la hemos identificado, que permitirá el ejercicio libre de la autonomía moral y la elección de planes de vida.

Tiene, descriptivamente considerado, dos dimensiones, una de limitación y otra de organización. La de limitación representa una garantía externa de barrera frente a la extensión incesante del poder. Es el problema del poder contemplado desde el gobernado, desde el súbdito y es un rasgo distintivo respecto de los anteriores donde éste era sólo un súbdito que soportaba las normas de las que era destinatario. La de organización supone la creación de estructuras racionales que aseguren un trato libre e igual para todos y una toma de decisiones objetivas y razonables. Es el problema del poder contemplado desde la perspectiva del

43 *Du contrat social*, Livre I, Chapitre III, en *Oeuvres complètes*, tomo III. La Pleiade, Gallimard, Paris, 1966, págs. 354 y 355 (traducción del autor). Tocqueville desde otro punto de vista, en el capítulo VI de la segunda parte de *La democracia en América*, “la idea de los derechos en los Estados Unidos”, reflexionara sobre este mismo problema.

“Fue con la idea de los derechos como los hombres definieron lo que era la licencia y la tiranía. Ilustrado por ella, cada uno pudo mostrarse independiente sin arrogancia y sumiso sin baja. El hombre que obedece a la violencia se doblega y se rebaja, pero cuando se somete al Derecho de mandar que reconoce a un semejante se eleva en cierto modo sobre el mismo que lo manda. No hay grandes hombres sin virtud, y sin respeto a los derechos no hay sociedad: porque ¿qué es una reunión de seres racionales e inteligentes cuyo único lazo es la fuerza?” (edición citada, pág. 247).

44 Sobre Carlo Cattaneo vid. Bobbio: *Una filosofía militante. Studi su Carlo Cattaneo*. Einaudi, Turín, 1971.

gobernante, pero no expresa el gobierno de la voluntad de los hombres, sino el gobierno de la voluntad de las leyes, es decir de una voluntad racional⁴⁵. Estas dos facetas se contemplan ya en Montesquieu cuando distingue entre las leyes que forman la libertad política en relación con la Constitución (Primera Parte. Libro XI) que se puede identificar con los principios de organización y la libertad política en relación con el ciudadano, que se pueden identificar con los derechos fundamentales relevantes para su tiempo (Parte Primera. Libro XII). Por eso en un embrión del modelo de la modernidad dirá que la primera "está formada por una cierta distribución de los tres poderes" y la segunda "en la seguridad, o en la opinión que se tiene de su seguridad"⁴⁶, aunque para él la seguridad sea sinónimo de garantías procesales, es decir de la bondad de las leyes criminales (presunción de inocencia, condena con pruebas, racionalidad y proporción de las penas, etc.).

4.1. La dimensión de limitación

Se produce con los derechos humanos positivizados e incorporados a las Constituciones y a las leyes. Sólo así los derechos naturales serán eficaces. "En el Estado de naturaleza, decía Pufendorf, sólo se encuentran pasiones que reinan en libertad, guerras, temores, pobreza, soledades, horror, barbarie, ignorancia y ferocidad; en una sociedad civil reina la razón, la paz, la seguridad, las riquezas, el orden, la belleza, la dulzura del comercio, la cortesía, las ciencias y la amistad", y además añadirá, en caso de conflicto "...se puede implorar la ayuda de un juez común..."⁴⁷. Esa es la explicación más razonable para la justificación de la sociedad, del poder y de su Derecho para el iusnaturalismo racionalista, uno de los orígenes intelectuales más claros de la ética pública de la modernidad.

45 La tradición del Gobierno de las leyes, que en otro contexto arranca de los grandes clásicos griegos. Así Platón en *Las leyes* (715 d) dirá: "A los que ahora se dicen gobernantes los llame servidores de las leyes; no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello, más que ninguna otra cosa determina la salvación o pérdida de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los Dioses a las ciudades" (en edición castellana, citada pág. 145). Aristóteles, que lo justificara con un argumento muchas veces reproducido después: "La Ley carece de favores que necesariamente se encuentran en cualquier alma humana", tendría también antecedentes medievales como los de Bracton *Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem* (en *De Legibus et consuetudinibus Angliae* I. 8,5). Pero será la tradición moderna la que adecua este principio del gobierno de las leyes a este paradigma de la modernidad. Locke en el *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, será muy representativo de esta tendencia "Sea cualquiera la forma de gobierno, por la que se rija la comunidad política, el poder soberano debe gobernar por medio de leyes promulgadas y aceptadas y no por decretos improvisados o por decisiones imprevisibles" (edición castellana de Aguilar, Madrid, 1969. pág. 105). La Declaración Francesa de 1789 mucho más que una declaración de derechos humanos, un proyecto político para la modernidad transmitirá como valor del sistema esta idea de que para ser libres los hombres tienen que estar en un sistema de gobierno sometido a las leyes. Así *vid.* los artículos 4º, 5º, especialmente 6º, y también 7º, 8º, 9º, 10 y 11. (Texto en *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de Peces-Barba, Hierro, Iñiguez de Onzoño y Llamas).

46 *Vid.* *De l'esprit des Lois*, en Montesquieu. *Oeuvres Complètes*: Du Seuil, París, 1964, pag. 598. *Vid.* versión castellana en traducción del autor.

47 En *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, citado, t. II, pág. 12.

En el Estado de Naturaleza la autotutela no los garantizaba, y en la argumentación del iusnaturalismo racionalista esta situación justificaba el contrato, y como objeto del mismo la efectividad práctica de los derechos. Desde ese momento inicial, sus diversas generaciones irán integrando, desde tres ideologías relevantes –liberalismo, democracia y socialismo–, la realidad de derechos que tienen una función de protección de un ámbito de no interferencia en la libre acción de sus titulares, de promoción de la participación para la formación de la voluntad del poder, y de acciones positivas para satisfacer necesidades básicas, radicales, de mantenimiento y de mejora. El objetivo de esta dimensión de limitación es realizar a través de los derechos los valores morales, de libertad, seguridad, igualdad y solidaridad que permiten el ejercicio individual de la moralidad privada. Este objetivo ha producido algunas variaciones respecto al modelo inicial desde tres perspectivas:

- a) Atención a las nuevas situaciones y a las nuevas necesidades, para generar nuevos derechos capaces de evitar nuevos maleficios o de conseguir nuevos beneficios. Así se concreta el carácter histórico de los derechos y se justifican las modalidades que aparecen en los últimos años, medio ambiente, protección del patrimonio genético, de la intimidad frente a la informática, etc.
- b) Atención a las necesidades del hombre concreto y situado, frente al hombre abstracto del paradigma inicial. Así aparecen y se justifican los derechos del niño, de la mujer, del minusválido, del consumidor, etc.
- c) Atención a la función última de los derechos que es la realización de la moralidad, con prolongación de la libertad de conciencia, en la llamada objeción de conciencia. Es decir, regulación de ciertas desobediencias a deberes positivos generales por razón de conciencia. Aquí se reconoce el valor de contenidos morales materiales en la conciencia individual, que impiden cumplir determinadas normas. Se entiende así que esas normas no son neutrales y que pueden afectar a los contenidos de planes de vida libremente elegidos por los ciudadanos, o dicho de otra forma que la obediencia a las mismas afronta radicalmente la esencia de alguna concepción religiosa o filosófica que esa persona ha asumido como estrategia de su felicidad o como plan de vida⁴⁸.

Es una desobediencia institucionalizada. Fuera de los órganos competentes para producir o interpretar normas en el sistema, es decir al margen de la Constitución, la Ley, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, o los textos jurídicos internacionales regularmente ratificados por el Estado, nadie puede autorizar una desobediencia por razones de conciencia, en el interior de este modelo. Aceptarlo es volver al Estado de naturaleza y a la autotutela, y violentar

48. Vid. Marina Gascón: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, con un excelente panorama del problema. También mi trabajo "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, Madrid, 1988-89.

frontalmente uno de los valores superiores al de la seguridad jurídica. Si cada uno por sí mismo o un operador jurídico no habilitado para ello, decide en cada caso qué se puede obedecer y qué no, desaparece el esquema cooperativo y de consenso, y se sacrifican los que obedecen en beneficio de los que no lo hacen. Es la quiebra del principio de autoridad y la realización abusiva del propio derecho, que tanto alarmaba a Bentham cuando se refería a los fanáticos armados de un derecho natural que cada cual interpretaba a su manera⁴⁹. En todo caso aunque no se puedan situar sino las desobediencias integradas y aceptadas, por el sistema, como objeción de conciencia, en sentido jurídico, las demás desobediencias por razones morales y motivadas por un afán de corrección y de crítica al sistema desde sus mismos valores, derechos y principios, no pueden tener el mismo trato que el desobediente infractor del Derecho, el *bad man*, el hombre malo de Holmes⁵⁰. Estamos ante la desobediencia civil, respecto de la cual el poder político y el Derecho en este modelo reaccionan con mesura y benevolencia, pero manteniendo la sanción, porque la base del sistema se sustenta en la convicción de que la moralidad pública, que permite, en la sociedad, la moralidad de cada uno, sólo es posible con la ley y el Derecho⁵¹. Montesquieu será tajante en este tema "...La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiera hacer lo que prohíben, no habría libertad, porque los demás tendrían igualmente ese poder"⁵². Con los matices y complementos aportados, en el contexto de finales del siglo XX, la observación permanece válida para nuestro modelo.

Finalmente, se debe llamar la atención sobre el carácter organizativo que tiene esta dimensión de limitación, como lo tiene de limitación la dimensión de organización. Esta característica se puede predicar especialmente de los derechos de participación política de raíz democrática.

4.2. La dimensión de organización

Esta dimensión concentra toda la racionalidad de la moralidad pública, para organizar al poder y equilibra el protagonismo de este poder en la creación del Derecho positivo. La clave del paradigma de la ética pública de la modernidad, es que el poder y el Derecho no dependen de una moral externa que se les impone por otra autoridad (iusnaturalismo), sino que intervienen asumiendo una moralidad que no crean, pero que tampoco se les impone. Al mismo tiempo la moral es previa y autónoma, expresión de la dignidad humana y no depende

49 Vid. el texto de Bentham en *Tratados de legislación civil y penal*, edición de Magdalena Rodríguez Gil, sobre la edición de Ramón Salas de 1821, t. 1, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 94 y 95.

50 Vid. su trabajo *La senda del Derecho*, edición castellana de Eduardo Ángel Russo, Abeledo Pellor, Buenos Aires, 1975.

51 Es significativo a esos efectos el Capítulo VI del Libro Segundo del *Contrato Social* de Rousseau sobre "La Ley" (Vid. edición obras completas citada, pag. 378).

52 Vid. *L'Esprit des Lois*, edición citada, pág. 586.

del poder y del Derecho como pretende otra tradición de la modernidad y que se identifica con Hobbes y con algún matiz con Spinoza (positivismo ideológico)⁵³. Ni la moralidad se impone al poder y al Derecho, ni tampoco éstos imponen una moralidad, a través de esta dimensión de organización, ni mucho menos en relación con la elección de los planes de vida⁵⁴.

La dimensión de organización es la expresión de esta filosofía en la racionalización del poder desde las premisas de esa ética pública y en ella se distinguen diversos escalones:

- a) La Constitución y la Ley. Es el sistema del Gobierno de las Leyes frente al gobierno de los hombres, del sometimiento del poder al Derecho y de la prohibición de la arbitrariedad. Expresa esa dualidad tan bien descrita por Hermann Heller: el poder se detiene ante el mismo Derecho que ha contribuido a crear, es el Estado de Derecho, precioso equilibrio fruto de un paradigma moral muy sensible.
- b) La separación funcional de poderes. La constatación de Montesquieu de que “es una experiencia eterna de todo hombre que tiene poder tiende a abusar, llega hasta que encuentra límites...” le llevará a proponer, “para que no se pueda abusar del poder, que por la fuerza de las cosas, el poder detenga al poder...”⁵⁵. Se distinguen las funciones legislativas, donde se residencia además la representación de la soberanía, ejecutiva y judicial. Es una de las expresiones, aunque no la única, de la doctrina de los contrapesos, de los *checks and balances* de la cultura política y jurídica anglosajona.
- c) La separación territorial de poderes, que se produce en los Estados Federales, regionales o de las Autonomías como el Español, donde los poderes Legislativo y Ejecutivo, aunque no el Judicial que mantiene la unidad, se distribuyen entre el Estado Central, y los Estados, Regiones o Comunidades autónomas, sobre la base del principio de competencia, que distingue entre competencias exclusivas o compartidas, ya sea en ambos casos, en el nivel Legislativo o Ejecutivo. Es otra expresión de la teoría de los contrapesos.
- d) El pluralismo jurídico y organizativo. Además del ideológico, ya señalado, como consecuencia de la liberación intelectual, la primera de la modernidad,

53 En Hobbes, *vid.* la definición de Ley Civil en *Leviatán*, edición citada, segunda parte, capítulo XXVI. “De las leyes civiles”. En Spinoza es muy reiterada la presencia en el *Tratado político* de conceptos en ese sentido “... el derecho de las supremas potestades, el cual viene determinado por su poder, y hemos visto que consiste principalmente en que es como el alma (*mens*) del Estado, por la que todos deben ser guiados. De donde se sigue que sólo ellas tienen el derecho de decidir qué es bueno y qué malo, qué equitativo y qué inicuo, es decir qué deben hacer u omitir los súbditos individual o colectivamente...”. Ed. de Atilano Domínguez, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 11.

54 *Vid.* Kant: *Metafísica de las costumbres*. Segunda Parte. *Principios metafísicos de la doctrina de la virtud* (edición citada, pág. 228 y siguientes). Sólo cabe aquí la autoacción, es decir la aceptación libre según Kant, porque “otro puede coaccionarme sin duda a hacer algo que no es un fin mío (sino un medio para un fin de otro), pero no puede coaccionarme a que lo convierta en un fin mío...” (pág. 231).

55 En Primera Parte Libro XI-4, edición citada, p. 586.

encontramos aquí el criterio de un pluralismo jurídico y organizativo interno a cada uno de los poderes. Se puede también hablar de un pluralismo jurídico externo, que queda al margen de este modelo de la modernidad, que exige la idea del monopolio en el Estado y su Derecho de la producción jurídica, o al menos de la recepción y delegación como jurídicos de normas creadas desde otros grupos sociales⁵⁶.

El pluralismo jurídico interno, es una técnica de organización del poder, que lo organiza y limita con los mismos criterios de los contrapesos. Supone un sistema adicional y complementario que se sitúa en el marco de la separación funcional de poderes, y que encontramos tanto en el Legislativo, como en el Ejecutivo y en el Judicial.

En el Poder Legislativo se expresa a través de la regulación de los grupos parlamentarios en el parlamentarismo racionalizado y de sus derechos. Aquí se comunica con el pluralismo ideológico y supone su concreción estructural.

En el poder judicial se organiza sobre la base de las sucesivas instancias, del principio de contradicción y del derecho de recurso que impide a un órgano ser el único intérprete, salvo en el supuesto del control de constitucionalidad y porque garantiza igualdad de procedimiento y de trato.

Por fin, en el poder ejecutivo se manifiesta en el plano administrativo (ya hemos visto que la separación territorial de poderes supone pluralismo político en el Ejecutivo) y es posible también en los Estados unitarios. Así, las competencias administrativas se distribuyen entre el Estado, las regiones o comunidades autónomas, en su caso, las provincias o departamentos y los municipios. Son varios escalones que se coordinan y cooperan en la consecución de los fines legalmente o constitucionalmente determinados para cada uno de ellos.

56 Para los defensores de este pluralismo jurídico, Gurvitch, y también los defensores de las teorías institucionalistas como Santi Romano, no existe ese monopolio y se afirma la existencia de otros ordenamientos distintos de los del Estado, que se encuentran en otros ámbitos de la sociedad civil, el económico, el religioso, el cultural, etc. Es una forma de limitar al poder político incompatible con este modelo que propugnamos y desde luego con el Estado social y democrático de Derecho y representa un ciego antimodernismo que recuerda a las poliarquías medievales y un retorno al Estado de Naturaleza. Se sitúa en las ideologías que subrayan, frente al Estado el retorno a la sociedad civil. Esto no supone negar, sería absurdo, que ciertas formas de Derecho puedan generarse inicialmente al margen del Derecho Estatal. Así por delegación de éste, en el sentido de delegación externa al Ordenamiento jurídico, se pueden crear normas, que se reconocen al producirse la delegación si no infringe otros criterios sistemáticos (jerarquía, competencia, etc.). Es el caso del contrato o de la contratación colectiva, por poner ejemplos más claros. (Hay un sentido de normas delegadas usado por el Derecho Administrativo, que es una delegación interna del sistema y que no se debe confundir con éste.)

También este fenómeno se da por recepción de normas en el Ordenamiento, que antes se habían generado en el ámbito social, y a las que con la recepción se les reconoce validez jurídica. El caso más claro, que no deja por ello de ser un residuo premoderno es el de la costumbre. De esta distinción nace el criterio que clasifica a las normas jurídicas en directas (estatales), recibidas o delegadas. Vid. en este sentido Santi Romano: *L'ordinamento giuridico* Sonzoni. Florencia, 1977. La primera edición es de 1918. Edición castellana de los profs. Lorenzo y Sebastián Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. De Gurvitch vid.: *L'idée du droit social*, con prefacio de Louis Le Fur. Sirey, París, 1932 (reimpresión Scientia Verlag, Aalen, 1972).

5. Alguna reflexión final

Cuando en el ámbito de la filosofía moral comunicativa se habla de un momento constructivo dialógico para ilustrar al sujeto moral, y se sitúa en la comunidad de comunicación real se está aludiendo, con otras palabras, a este paradigma teórico de la moralidad pública del poder y del Derecho en un Estado democrático, y a través de las funciones de limitación y organización. Como modelo que es, se contrasta con la realidad y sirve de estímulo para orientar la reflexión de quienes no se pueden quedar en el ocio de pensar el mundo sino que tienen la fatiga de construirlo, y también como crítica de esa realidad y de sus patologías, que vividas desde dentro muchas veces incluso parecen normales. Empezar esa tarea aquí, sería objeto de otro estudio, y sólo se pueden indicar algunas desviaciones de la sociedad real respecto al modelo teórico, o de verdades prematuras en éste, que son difíciles de plasmar. Algunas las podemos situar como efectos de la limitación o de la insuficiencia de juridificación porque el Derecho no ha entrado en algunos meollos del poder, aunque también se podían formular como derechos ejercidos con exceso que han producido otros poderes no controlados.

Otras las podemos atribuir al abuso de las prestaciones, o si se quiere, paralelamente a las anteriores, como efectos de excesos de juridificación, donde el Derecho ha desbordado los límites de intervención por presión de los ciudadanos y de los grupos sociales.

Las primeras se representan por insuficiencias serias de dos pivotes claves del funcionamiento de la democracia, insustituibles, en cualquier caso, los partidos políticos y los medios de comunicación. Conquistados con mucho esfuerzo los derechos de asociación y la libertad de expresión, prensa e información, independizados del contexto y de la finalidad que los justifica, se han convertido en poderes exentos. Es paradójico que surgidos para limitar al poder y contribuir a su racionalización se hayan, a su vez, constituido en poderes con gran influencia a los que no afectan en mucha medida, los principios del sometimiento a la ley, propios del paradigma ético, político y jurídico de la modernidad. Incluso vemos, a veces, cómo ambos poderes se enfrentan, pretenden influirse e incluso manipularse mutuamente. Es una patología muy seria con consecuencias en el sistema parlamentario en la apreciación que los ciudadanos tienen del respeto y de la obediencia al Derecho, en la visibilidad del poder, en las reglas del juego limpio, e incluso en la manipulación, con técnicas de envilecimiento, que dificultan seriamente el ejercicio de la moralidad. La pérdida de los valores morales que son la *ultima ratio* de este modelo y su sustitución por ese "realismo" del éxito inmediato que afecta a pilares tan básicos, conduce a la arrogancia, y a unos "ideales" economicistas, egoístas y aislacionistas, que sólo fomentan la emulación y el bienestar, y que pueden convertirnos en un simple lugar para el consumo.

Las segundas, vinculadas a esta falta de altruismo, siquiera sea limitado, que describíamos ha producido un exceso en las reclamaciones de satisfacción de necesidades, una creencia de que el Estado tiene obligaciones que en realidad no puede afrontar, y un abuso en las demandas de prestaciones, un fraude que perjudica a los que realmente lo necesitan, y beneficia a quienes pueden resolver esas carencias por sí mismos. Los sindicatos, las asociaciones patronales y profesionales, y los grupos de intereses carecen muchas veces de la altura de miras suficiente para vislumbrar el interés general, y fomentan, apoyan o silencian esa exuberancia de reclamaciones y de peticiones de ayuda a los poderes públicos, que se ven así desbordados y con un crecimiento desmedido de su déficit público, que a su vez repercute en el sostenimiento de aquellas prestaciones que resuelven realmente insuficiencias de necesidades básicas. Como casi siempre es un problema de límites y de equilibrio. En un caso de límites de los que se carece para frenar a esos poderes, y en otro de límites para impedir las apetencias desmesuradas.

No podemos prolongar esta rápida pincelada de contrastes serios de la realidad con el modelo teórico de la ética pública de la modernidad, pero tampoco podemos hacer lo que se atribuye a Sthendal, que cuando no le gustaba algo decía “volvamos a la realidad, hablemos de Eugenia Grandet”, ni encerrarnos a cultivar nuestro jardín como proponía Voltaire en su “Candide”. Sólo el mantenimiento de las virtualidades del modelo, su difusión por la educación y por la escritura, confiando en el depósito de la razón que es el mayor tesoro del hombre de la modernidad, sin confiar en hombres providenciales, sino en la difusión del tipo de buen ciudadano, y sabiendo que el progreso será moral o no será, es decir sólo, como siempre, desde la utopía, cabe la esperanza.