

ÉTICA, POLÍTICA Y DERECHO: EL PARADIGMA DE LA MODERNIDAD

Extracto del Discurso de Ingreso del Académico de Número
Excmo. Sr. D. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ*

A) 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 hasta que muere. La ingente acumulación de obras mayores y menores, originales y escolástica, desmienten la esterilidad del tema y también esta 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 éste, 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.

Desde Platón y Aristóteles, Cicerón y Séneca, pasando por Tomás de Aquino, Maquiavelo, Motaigue, Spinoza, Tomasio; Hume, Rousseau, Kant, Mill, Blanc y los austromarxista Maritain, Rawls, Habermas, Apel, Passerin d'Entreves, Nino, Garzón

* Sesión del día 19 de abril de 1993.

¹ Vid. *Les caractères, ou les moeurs de ce siècle*, Clasiques Garnier Bordas, París, 1990, en el primer capítulo «Des ouvrages de l'esprit», n.º 1, pág. 67. Vid. también la reciente obra de Emilio LLEDÓ: *El surco del tiempo. Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y la memoria*, Barcelona, Ed. Crítica, 1992.

Valdés, Hart, Bobbio, Dworkin, 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, 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 escritas².

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 encontramos con la supremacía de la ética, que es una constante en el pensamiento clásico (Sócrates, Platón y Aristóteles³) o con la supremacía de la política (Maquiavelo, los autores de la razón de Estado, o Maurrás⁴). En la relación ética y Derecho aparece la reducción iusnaturalista clásica (supremacía de la ética sobre el Derecho, con Santo Tomás⁵) y la positivista (supremacía del Derecho positivo sobre la moralidad, en forma de positivismo ideológico,

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 Prof. Eusebio FERNÁNDEZ, con el que no siempre coincido. Así, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984; *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987; *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Debate, 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*, n.º 83, págs. 51 y ss., Madrid, abril-junio 1991. Es también un buen panorama del problema el trabajo del Profesor Francisco LAPORTA: «Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo», en *Historia de la ética*, Tomo IV, dirigido por Victoria Camps, Barcelona, Crítica, 1989, págs. 221 y ss.

³ De PLATÓN *Vid. Las Leyes*, edición de Pabón y Fernández-Galiano, dos tomos, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, y *La República*, edición de Pabón y Fernández Galiano, tres tomos, 1.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1949. De ARISTÓTELES, especialmente, *Ética Nicomaquea*, traducción y notas de Julio Pallé, introducción de Emilio Lledó, Madrid, Gredos, 1985. *Vid.*, asimismo, Carlos GARCÍA GUAL: «La Grecia antigua», en *Historia de la teoría política*, dirigida por F. Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1990. Asimismo, Emilio LLEDÓ: «Aristóteles y la ética de la Polis», en *Historia de la ética*, dirigida por Victoria Camps, tomo I, Barcelona, Crítica, 1987.

⁴ De MAQUIAVELO, *Vid. El Príncipe*, edición castellana de M. A. Granada, Madrid, Alianza Editorial, 1982. Sobre los autores de la razón de Estado, *vid. MEINECKE: La idea de la razón de estado en la Edad Moderna*, trad. de F. González Vicen, estudio preliminar de Luis Díaz del Corral, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959. Sobre Maurrás, *vid. A. DAUSETTE: Histoire religieuse de la France contemporaine*, París, Flammarion, 1965. También Jacques MARITAIN: *Une opinion sur Charles Maurras et le devoir des catholiques*, París, Plon, 1926.

⁵ *Vid. Suma Teológica: Tratado de la Ley. Tratado de la justicia*, trad. y estudio introductorio de Carlos I. González, México, S. J. Porrua, 1981.

donde lo jurídico, es además justo, con Hobbes⁶). Por fin en la relación entre Derecho y política, Kelsen⁷ es una figura muy representativa del reduccionismo juricista (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. 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. 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.

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. Así: 1) 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. 2) 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. 3) Un criterio

⁶ Vid. *Leviatan*, edición de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

⁷ Vid. KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, edición castellana de Roberto Vernengo, México, Editora Nacional, 1979.

⁸ Vid. Carl SCHMITT: «Politische Theologie», en *Estudios Políticos*, Madrid, Doncel, 1975, la primera edición alemana es de 1922 y la 2.ª de 1934.

⁹ Vid. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 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*, Milán, Arcana Imperii, Giuffrè, 1987.

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. Vid., de HUME, la «Investigación sobre los principios de la moral», sección tercera *De la Justicia*, parte I (edición castellana de Dalmacio NEGRO PAVON: *De la moral y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, págs. 20 y 21). De HART, Vid. *El concepto de Derecho*, edición castellana de Genaro Carrió en Abeledo Perrot, Buenos Aires, reimpresión de la 2.ª edición, 1968, págs. 238 y ss. 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), Madrid, Tecnos, 1987, págs. 97 y ss.

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.

B) LA ÉTICA

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. Este ideal de la dignidad humana supone el mutuo reconocimiento de esa condición entre los hombres. 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 Rawls¹¹ 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.

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.

¹¹ En el trabajo *Justicia como equidad*, que da el nombre a la edición preparada por M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 30.

¹² Vid. Pedro LAÍN ENTRALGO: «Teoría y realidad del otro», *Revista de Occidente*, Madrid, 1961.

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 moral¹³.

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 Camps¹⁴, 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 jurídicos¹⁵. Este punto de vista está incorporado a nuestra Constitución, se maneja en el pensamiento moral¹⁶, 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 jurídica¹⁷. 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.

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 de miedo, ante

¹³ Vid. mi trabajo «Los Derechos humanos, la moralidad de nuestro tiempo», en el libro colectivo *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 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 esta afirmación (Vid. *Sobre las libertades*, intr. de Victoria Camps, trad. de Jorge Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1990).

¹⁴ *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990.

¹⁵ Vid. mi libro *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1982. También el libro de Luciano PAREJO: *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, y el trabajo de Luis PRIETO: «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, n.º 11, Madrid.

¹⁶ Por ejemplo, en Max SCHELER: *Der Formalismus in der ethik und di materiale wertebink*, Berna, 1.ª ed., 1913. Versión castellana de Hilario RODRÍGUEZ SANZ: *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un pensamiento ético*, Buenos Aires, Revista de occidente Argentina, 1991. Para un panorama del tema, Vid. Alfred STERN: *Philosophy of history and the problem of values*, Gravenhage, Mouton, 1962.

¹⁷ Vid. mi *Curso de Derechos Fundamentales*, citado, en su tercera parte.

ataques de la fuerza irracional del otro poder, ante la enfermedad, ante la edad, es decir, ante aquellas realidades personales o fácticas que pueden impedir o dificultar la existencia de otros valores¹⁸.

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 puede 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. El objetivo al favorecer una elección libre es aproximarse a ese horizonte utópico de la moralidad que hemos llamado libertad. 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 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.

La solidaridad no es un sinónimo de igualdad, ni tampoco una virtud privada¹⁹. Representa la cooperación en la construcción de la ética pública y de sus dimensiones políticas y jurídicas, sin sacrificios excesivos, que llevarían a su transformación en una virtud individual, de caridad o de amor. Se basa en una aceptación de los valores comunes, y 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

¹⁸ Vid. PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991. También mi trabajo «La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, Madrid, 1990.

¹⁹ 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 este 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*).

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 garantiza que los poderes públicos y los demás se comportarán con uno mismo de la misma forma si se encontrase en la situación que pone en marcha los mecanismo de la cooperación solidaria.

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. 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, desempeñan un papel intermedio y abren 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 Fuller²⁰. 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.

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 limitación.

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

²⁰ *The morality of law*, Yale University Press, 1964.

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. 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 moralidad.

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. La moralidad pública no es compatible 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.

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. 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.

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: 1) 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. 2) Que el seguimiento por cada persona exija y permita una aceptación en ejercicio de su autonomía y de su libertad de elección. 3) 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.

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.

C) 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. 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 aquél.

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 (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 Derecho²¹.

Se puede identificar esa relación Derecho-poder, con los siguientes rasgos: 1) No existe jerarquía ni superioridad de uno sobre otro, sino un equilibrio y una vinculación correlativa. 2) 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. 3) 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. 4) 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

²¹ Un excelente resumen de alguno de estos temas está en la obra de BOBBIO: *Stato, Governo, Società*, Turín, Einaudi, 1.ª ed., 1978, reimpresión, 1980, 1981, 1985.

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 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.

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 fundante de la libertad individual.

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 de desarrollo de nuevas formas productivas. Aparece así la libertad de disposición de los bienes y la libertad de comercio (de mercado) contra el sistema feudal²².

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 aún 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.

²² 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, México, Fondo de Cultura Económica, 1952 (6.ª reimpresión 1990).

D) 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.

Junto a la liberación ideológica y económica, la liberación política, que acompaña el 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 después²³. 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 de poder contemplado desde la perspectiva del 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 racional²⁴.

²³ Sobre Carlo Cattaneo, *Vid.* BOBBIO: *Una filosofía militante studi su Carlo Cattaneo*, Turín, Einaudi, 1971.

²⁴ 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 llamé servidores de las leyes; no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello, más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición 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 justificará 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 BRACON: «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 adecuará 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...» (Madrid, edición castellana de Aguilar, 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 4.º, 5.º, especialmente, 6.º, y también 7.º, 8.º, 9.º, 10 y 11 (texto en *Derecho positivo de los Derechos humanos*, edición de Peces-Barba, Hierro, Íñiguez de Onzoño y Llamas).

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 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: 1) Atención a las nuevas situaciones y a las nuevas necesidades, para generar nuevos derechos capaces de evitar nuevos maleficios o de conseguir nuevos beneficios. 2) 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. 3) Atención a la función última de los derechos que es la realización de la moralidad, con la 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 normas²⁵.

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 frontalmente uno de los valores superiores al de la seguridad jurídica. 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

²⁵ Vid. Marina GASCÓN: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, con un excelente panorama del problema. También mi trabajo «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, Madrid, 1988-89.

pueden tener el mismo trato que el desobediente infractor del Derecho, el «bad man», el hombre malo de Holmes²⁶. Estamos ante la desobediencia civil, respecto de la cual el poder político y el Derecho de 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 Derecho.

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 del poder y del Derecho.

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:

1) 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. 2) La separación funcional de los 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...»²⁷. 3) 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, se distribuyen entre el Estado Central, y los Estados, Regiones o Comunidades Autónomas, sobre la base del principio de competencia. 4) El pluralismo jurídico y organizativo. Además del ideológico, encontramos aquí el criterio de un pluralismo jurídico y organizativo interno a cada uno de los poderes. 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.

²⁶ Vid. su trabajo *La senda del Derecho*, edición castellana de Eduardo Angel Russo, Buenos Aires, Abeledo Penot, 1975.

²⁷ En Primera Parte, Libro XI-4, edición citada, pág. 586.

E) 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. Emprender esta 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 la 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 el 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 «última 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 necesi-

dades, 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 interés carecen muchas veces de la altura de las miras suficientes 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 desmentido 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 Balzac, 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.